

UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO

IMPUTAÇÃO DO ERRO MÉDICO, PONDERAÇÃO DOS RISCOS E  
PROVA POR INFERÊNCIAS

ANTONIO CARLOS FONTES CINTRA

UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO

IMPUTAÇÃO DO ERRO MÉDICO, PONDERAÇÃO DOS RISCOS E PROVA POR INFERÊNCIAS

ANTONIO CARLOS FONTES CINTRA

Tese apresentada junto ao Programa de  
Doutoramento em Direito –  
Especialidade de Ciências Jurídico-civis  
para obtenção do título de Doutor.

Orientador: Prof. Doutor José de Oliveira  
Ascensão

Aos meus queridos irmãos e mãe,  
médicos por profissão e devoção.

## **Agradecimentos**

À minha esposa Regina, por todo apoio e pela paciência em dividir nossos primeiros anos de casados com esse trabalho;

Aos meus irmãos, Francisco e Geórgia, médicos, por todo auxílio na compreensão da técnica e na construção de exemplos que ilustram essa obra;

À minha mãe Letícia, também médica, professora e pesquisadora, por todo auxílio nas pesquisas e exemplo de amor pela academia;

Ao meu pai Ronaldo, pelo constante e incessante estímulo aos estudos, pelo exemplo de vida e dedicação a tudo que faz;

À minha cunhada Rejane, por todos os livros retirados das bibliotecas do Senado e Superior Tribunal de Justiça;

Ao amigo e companheiro de trabalho Alexandre Gianni, por todo suporte que me permitiu ausentar-me pelo ano letivo em Lisboa; e,

Ao meu orientador Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão, pelo exemplo de sabedoria e compromisso científico;

"O grande segredo da nossa doença oscila entre a precipitação e a negligência."

*Johann Wolfgang von Goethe*

"Acreditar na medicina seria a suprema loucura se não acreditar nela não fosse uma maior ainda, pois desse acumular de erros, com o tempo, resultaram algumas verdades."

*Marcel Proust*

## INTRODUÇÃO

O problema da responsabilidade médica tem desafiado a comunidade jurídica, na medida em que o domínio da técnica obstaculiza o acesso à prova. De outro lado, a corrida indenizatória ao judiciário, na preocupação de proteger a vida e a integridade física, tem relativizado o ônus *probandi* e levado muitos médicos ao exercício de uma medicina defensiva. A preocupação em se resguardar de futuros processos judiciais, por vezes, supera o objeto da própria profissão: a persecução da cura. Mais seguro se torna aplicar métodos conhecidos e tradicionais, ainda que se saiba não terem eficácia no caso concreto, do que ousar uma nova técnica que possa se tornar alvo de reprovação judicial, no caso de não alcançar o êxito planejado. Há uma constante tensão dialética entre a arte de curar e a arte de se defender.

O dever inerente à arte médica de fazer escolhas, dentre as diversas alternativas que se abrem no campo da técnica, insere-se em um cosmo de complexidades e erros ocorrem, sem que, necessariamente, estejam acompanhados de negligência, conduzindo a sérias debilidades ou mesmo à morte. A possibilidade de tais fatalidades estará presente na atividade diária de cada profissional. É necessário um sistema atento não só para a garantia da reparação, como também para a garantia do exercício criativo da profissão. O caminho a ser percorrido deve primar pelo estímulo ao avanço da medicina e pela permissão da adoção de técnicas ousadas, quando as tradicionalmente consagradas se mostrarem ineficientes, amparado pelos temperos que serão acrescidos na adequada aplicação do consentimento informado.

A imputação da responsabilidade civil apresenta dois aspectos em sua morfologia: a causalidade e a culpabilidade. A primeira tem por escopo definir em que medida um resultado danoso pode ser objetivamente atribuído à ação ou omissão de um sujeito, enquanto a culpabilidade se posta na determinação da medida do conteúdo de reprovação da conduta. O problema da causalidade tem sido enfrentado tanto nas ciências jurídicas quanto nas filosóficas, mas ao Direito incumbe o mister de definir quais condutas deverão ser consideradas como juridicamente relevantes e, nesse mesmo viés, eleger aquelas adequadas a serem imputadas como causa de um dano. O juízo de imputação, portanto, não se satisfaz com a causalidade física nem com a mera reprovação da conduta, mas determina, em uma dupla vertente e dentro do escopo de proteção da norma, aquele que deve ser definido como obrigado a reparar o prejuízo.

É possível que se atribua a determinada conduta o nexo de causalidade com o resultado danoso, mas, ao mesmo tempo, não ser atribuído conteúdo de reprovabilidade. É possível que a conduta seja culposa, mas não seja apta à produção do resultado. É igualmente possível que haja culpa e que tenha força suficiente para causar o resultado, mas que o evento danoso venha a ocorrer por causa alheia que interrompa ou antecipe àquele.

O risco se apresenta com especial destaque na construção do processo de imputação, pois, na mesma medida em que se reconhece a álea da intervenção médica, se acentua o risco que a própria enfermidade ou o acidente já impõem ao paciente. A ponderação do incremento ou diminuição do risco, associada ao consentimento informado, que permite a assunção de riscos mais elevados, acrescenta novas dinâmicas à aferição da culpabilidade.

A decisão quanto à identificação da causa poderá se apresentar tormentosa, em especial, quando, na hora de conformar a explicação, se apresentem conjuntamente vários fatores, seja no potencial de produzir o resultado, seja na interdependência entre si. Nesse contexto, inserem-se as intrincadas problemáticas da causalidade alternativa, da perda da chance de cura, da regra do *thin skull*, das causas virtuais e outras tantas, que serão expostas e analisadas no decorrer desse trabalho. Em casos extremos poder-se-ão encontrar, concomitantemente, vários agentes que

tenham se comportado contrariamente ao dever de conduta, a vítima também tenha infringido regras e se colocado em situação de risco, enquanto a própria doença também apresente suas variantes. Em todo esse contexto, importa que não se olvide de que o objeto jurídico tutelado, o corpo humano, por si só, já é um universo de variantes e possibilidades de reação.

As regras processuais, que servem à investigação dos elementos necessários ao juízo de imputação, tropeçam em meio à densa neblina que envolve os aspectos técnicos da atuação médica. O recurso à perícia revela o corporativismo médico, na escassez daqueles que se dispõem a se voltar contra seus pares. De outro lado, a união do desconhecimento da técnica, por parte do magistrado, ao conforto conferido por um laudo pericial conclusivo, subverte os papéis e transforma o juiz em mero homologador das conclusões periciais.

Nesse viés, a doutrina tem se lançado à busca de outros recursos, que possam reequilibrar a “disparidade de armas” e proporcionar um adequado percurso de elucidação do nexo de causalidade e de aferição da culpa. É assim que teorias afetas à distribuição do ônus da prova e às presunções têm buscado alternativas, as quais serão analisadas e avaliadas em suas possíveis contribuições.

É certo, todavia, que qualquer teoria, que se proponha a alterar as tradicionais regras de distribuição do ônus da prova, e que permita o estabelecimento de inferências, deve ser construída de modo a garantir a necessária segurança jurídica e oportunidade de produção de provas em contrário. Importa que o sistema jurídico construa um caminho que proporcione, não apenas a justa reparação do dano, mas também o desenvolvimento das ciências médicas, o progresso da técnica e o exercício do direito de autodeterminação, motivado, nesse caso, pelo instinto de sobrevivência, pelo genuíno desejo de prolongar o inevitável.

O *tipo de frequência* construirá as inferências, quando as circunstâncias, de fato, se alinharem ao processamento típico do evento e, de outro lado, não restar comprovada outra circunstância que sugira possibilidades distintas ou, em outras palavras, atípicas. Esse trabalho se propõe a trilhar o percurso de construção de tal tipificação e estabelecer as bases das ferramentas necessárias à formação das inferências, na ótica da ponderação dos riscos.



Na medida em que se dispõe à persecução de alternativas para a verificação do nexo causal, no intrincado campo da técnica, apresentam-se como elementos, não apenas de reprovação, mas também como de fixação da causalidade, a ponderação da culpabilidade e os parâmetros de apreciação da negligência, visto que o processo de imputação demanda a compreensão de um modelo de análise integrada da conduta, objetivamente considerada como adequada, e de sua antítese como de outra de reprovabilidade social, mais uma vez, sob a ótica da ponderação de riscos.

É nesse contexto que a teoria da *res ipsa loquitur*, de larga difusão no direito anglo-saxão, se apresenta com oportuna edificação de uma atribuição reflexa da carga probatória, conforme a satisfação de requisitos prévios de formação de inferências. A intervenção médica será, *ab initio*, tida presumidamente como dentro da técnica e padrão esperados. Cabe ao paciente a prova da negligência. O que se propõe é justamente o meio para se fazer cumprir essa exigência, presumindo-se a falta na análise das circunstâncias trazidas aos autos pelo autor, quando atendidos certo pressupostos.

O propósito desse trabalho é perscrutar o cenário da intervenção médica, onde o risco do mal a ser combatido já se encontra presente na própria doença ou acidente, enquanto a conduta médica se posta com o fim de eliminar ou diminuir o risco, mas com provável acréscimo de novos riscos, os quais deverão ser ponderados no juízo de imputação, de acordo com os diversos elementos que se serão então expostos e perscrutados. Tal investigação se dará, na prática, paralelamente ao espinhoso processo de afirmação do nexo de causalidade em área dominada pelos mistérios da técnica, alheios ao conhecimento do juiz. Necessária se faz, desse modo, uma investigação conjugada, e, ao final, propor-se critério que promova maior aproximação do conhecimento da verdade dos fatos, assim como o aperfeiçoamento da função reparatória do Direito e, ao mesmo tempo, de seu papel vetorizador, a estimular o desenvolvimento de condutas socialmente adequadas.

## CAPÍTULO 1

### DESENVOLVIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

#### 1.1 Progressão histórica

##### 1.1.1 Idade Antiga

A história da medicina refere-se à luta do homem pela sobrevivência, ao instinto de autopreservação, à busca pelo incremento da qualidade de vida e pelo livramento do sofrimento. A enfermidade se opõe ao desejo de permanecer vivo, de postergar o inevitável. As intervenções no corpo humano remontam a tempos muito antigos, não só por meio do uso de ervas, mas até mesmo com a realização de pequenas cirurgias, para tratar abscessos, pequenos tumores e problemas dos ouvidos, olhos e dentes, descritas em papiros egípcios do segundo milênio a. C. Destaca-se o chamado Papiro Ebers, datado de 1550 a. C, um conjunto de fórmulas mágicas, medicamentos, tratamento para a cura de picadas e mordidas de animais e insetos, além de uma descrição surpreendente do sistema circulatório.<sup>1</sup>

Na Babilônia o ofício da medicina se confundia com o da magia. Há diversos documentos históricos que relatam o tratamento aconselhado por um médico, em que se receitavam loções e unguentos, juntamente com poções, amuletos e certos rituais.<sup>2</sup> As doenças, do mesmo modo, eram associadas a ações de demônios e fantasmas. O

---

<sup>1</sup> Encontra-se atualmente em exposição na Universidade de Leipzig.

<sup>2</sup> Em uma carta escrita em 670 a.C ao rei Assírio Asaraddon, um médico chamado Urad Nanà escreve: Boa saúde! Excelente saúde para o Rei, meu Senhor! E que os deuses da saúde, Ninurta e Gula, Vos concedam o bem estar do coração e do corpo! Vossa Majestade pergunta-me insistentemente o motivo pelo qual ainda não fiz diagnóstico da doença que Vos faz sofrer e por que motivo ainda não preparei os remédios para a cura. É verdade que, falando anteriormente com o Rei, eu tinha confessado a minha incapacidade em identificar a natureza do mal que o aflige. Mas, neste momento, para que tomes conhecimento por escrito, envio-vos esta carta selada. E, sendo da vontade de Vossa Majestade, poder-se-á recorrer à Aríspice. O Rei deverá, portanto, utilizar a seguinte loção: depois da sua utilização, a febre que Vos aflige desaparecerá. Já havia preparado duas ou três vezes este remédio, à base de óleo: o Rei reconhecê-lo-á ser aplicado no dia seguinte. Deverá fazer desaparecer o mal. Por outro lado, quando a dita loção for entregue ao Rei, a aplicação poderá ser feita à porta fechada. O Rei deverá então transpirar, motivo pelo qual numa embalagem à parte, envio juntamente os seguintes porta-amuletos: O Rei guardá-los-á presos ao pescoço. Envio também um unguento com o qual o Rei poderá friccionar-se, em caso de crise. Cf. BOTTÉRO. A magia e a medicina reinam na Babilônia (1985).

sistema médico oficial se socorria de augúrios e técnicas divinatórias, entre elas a hepatoscopia – o exame do fígado de animais sacrificados. Os tratamentos combinavam ritos religiosos e terapias empíricas. Sob a supervisão de um médico chefe, três tipos de profissionais da cura exerciam sua profissão: o vidente (*baru*), perito em advinhações; o sacerdote (*âshipu*), que realizava exorcismos e encantamentos, e o médico (*âsû*), que se valia de drogas e realizava cirurgias.<sup>3</sup>

O célebre Código de Hammurabi da Babilônia realça o risco do exercício da profissão de um médico à época, conferindo louvor ou desgraça de acordo com o resultado, sem menção a qualquer averiguação de infração da *lex artis*. Em seu § 215 registra: “se um médico trata alguém de uma chaga grave com o punção de bronze e o cura, ou se ele abre com o punção de bronze a belida de alguém e salva seu olho, ele receberá 10 *sicles* de prata”. De outro lado, em seus §§ 218 e 219, registra as consequências de um mau resultado: “Se um médico trata um homem livre de uma chaga grave, com o punção de bronze, e o mata, e se com o punção de bronze ele abre a belida e vasa o olho, cortar-lhe-ão as mãos”; “Se um médico trata o escravo de um nobre de uma chaga grave com o punção de bronze e o mata, escravo por escravo ele entregará.”<sup>4</sup>

Em contrapartida, na Grécia antiga a perspectiva era de renúncia das práticas mágicas e uma preocupação em aplicar a razão às doenças e aos meios curativos. Hipócrates foi seu grande expoente, a quem se é atribuída a autoria de sessenta tratados e a paternidade da própria medicina, como atualmente é conhecida.<sup>5</sup> Até hoje se conserva a prática de, no ato da formatura, os recém-ingressos da classe médica repetirem o juramento de Hipócrates<sup>6</sup>, com texto adaptado aos dias de hoje e

<sup>3</sup> POTER. Das tripas coração, uma breve história da medicina (2004), p. 39.

<sup>4</sup> SÁ (Org). Código das Leis de Hammurabi (1903), pp. 51-52.

<sup>5</sup> MOSSÉ. As lições de Hipócrates (1985), pp. 41-42.

<sup>6</sup> Dizia o texto original: “estimarei como aos meus próprios pais aquele que me ensinou esta arte e com ele farei vida em comum, e se tiver alguma necessidade, partilhará dos meus bens, cuidarei dos filhos como meus próprios irmãos, ensinar-lhes-ei esta arte, se tiverem necessidade de aprendê-la, sem salário, nem promessa escrita; farei participar dos preceitos das lições e de todo o restante do ensinamento, os meus filhos, os filhos do mestre que me instruiu, os discípulos inscritos e arrolados de acordo com as regras da profissão, mas apenas esses. Aplicarei os regimes, para o bem dos doentes, segundo o meu saber e a minha razão, nunca para prejudicar ou fazer mal a quem quer que seja. A ninguém darei, para agradar remédio mortal, nem conselho que o induza à destruição. Também não darei a uma mulher um pessário abortivo. Conservarei puras a minha vida e a minha arte. Não praticarei a talha ainda que seja em calculoso (manifesto), mas deixarei essa operação para os práticos. Na casa

ao objetivo que se pretende alcançar. Hipócrates nasceu em Cós, em 460 a.C. O pai, Heraclides, pertencia à corporação dos asclepiades, sacerdotes ligados ao culto do deus Asclépio<sup>7</sup>. Ao deus Esculápio era atribuída a função da cura. As escavações de Epidauro indicam que o seu culto se iniciou em fins do século VI a.C. Na época greco-romana o número de templos consagrados a esta divindade era de cerca de 400, sendo o de Pérgamo o de maior imponência. A Esculápio foram atribuídos famosos conselhos, dentre eles:

Não contes com o agradecimento; quando o doente se cura, a cura é devida à robustez; se morre, foste tu que o mataste. Enquanto está em perigo trata-te como um deus, suplica-te, promete-te; se está em convalescença, já o estorvas. Quando se trata de te pagar torna-se diferente. Quanto mais egoístas são os homens, mais cuidados exigem. Não penses que esta profissão te torna rico; é um sacerdócio... Pensando bem, ainda estás a tempo. Mas se fores indiferente à fortuna, aos prazeres, à ingratidão, se sabendo que te verás só entre as feras humanas, se tens uma alma bastante estóica para te satisfazeres com o dever cumprido e sem ilusões; se te julgares pago com a felicidade de uma mãe, com uns lábios que sorriem porque já não sofrem, como a paz de um moribundo a quem conseguiste ocultar a chegada da morte, se anseias conhecer o homem, penetrar em todo o trágico do seu destino, então faze-te médico, hoje mesmo.<sup>8</sup>

No contexto cultural grego, toda expressão de vida era atribuída a origens divinas e o exercício da Medicina, portanto, era tomado como um sacerdócio,

---

onde eu for, entrarei para o bem dos doentes, abstendo-me de qualquer mal voluntário, de toda sedução e sobretudo dos prazeres do amor com mulheres ou com homens, sejam livres, sejam escravos; o que no exercício ou fora do exercício revelar, conservarei como segredo. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, goze eu a minha vida e a minha arte com boa reputação entre os homens e para sempre; se dele me afastar ou infringir, sucede-me o contrário.”

<sup>7</sup> Asclépio, chamado de Esculápio pelos romanos, era filho de Apolo com a mortal Corônis, por alguns textos descrita como uma ninfa. Na mitologia Grega, Asclépio teria recebido os ensinamentos de um centauro chamado Quirón, o qual lhe instruiu nas técnicas das plantas medicinais. Passou a realizar grandes curas e a se aperfeiçoar na arte da medicina, inclusive com a capacidade de ressuscitar os mortos, o que deixou parecer a Zeus (Júpiter para os Romanos) uma afronta, o qual o matou com um raio. Com o passar dos anos Asclépio passou a ser cultuado como um Deus, que concedia os favores da cura de enfermidades. Nos achados arqueológicos Esculápio é representado segurando um bastão com serpentes ao redor. Ao bastão é atribuído o simbolismo de poder, enquanto às serpentes, o poder de restabelecimento na troca de pele, sagacidade e comunicação entre o mundo visível e o invisível. Era costume retratá-lo acompanhado de suas filhas Hígia (a saúde) e Panacéia (a que cura). Asclépio tem sua existência mencionada nas *Ilíadas* como monarca de Tríaca, pai de Podalírio e Macaonte, valorosos guerreiros que exerciam também o ofício da medicina. Como as *Ilíadas* são tomadas como a poetização de eventos históricos, é possível que tenha existido e posteriormente sido divinizado pelos mitos (Cf. TOMMAS. *Arte-terapia e loucura* (2005), pp. 32-33).

<sup>8</sup> In: ESPERANÇA PINA. *Responsabilidade dos médicos* (2003), pp. 3-4.

ocupando o médico uma posição mediadora entre deuses e homens.<sup>9</sup> Nesse viés, a opinião do paciente perde relevância, estando presente no próprio juramento hipocrático o parâmetro decisório do médico segundo “minha razão”. Em sua obra sobre a decência, ensina Hipócrates a seus discípulos:

Fará o diagnóstico e o tratamento do enfermo com calma e ordem, ocultando do mesmo a maioria das coisas; dê ordens oportunas com amabilidade e doçura e distraia sua atenção, repreendendo-o às vezes severamente, mas outras o anime com solicitude e habilidade, sem mostrar a ele nada do que vai ocorrer nem do seu estado atual.<sup>10</sup>

Em meio a toda mitologia que imperava nos tempos de Hipócrates, a ele pode ser atribuída a paternidade da medicina por ter florescido em seu tempo o propósito de racionalização dos processos de explicação da moléstia e de sua cura, pela observação e sistematização. Há um processo de ruptura em que se passa a olhar para as causas naturais, quando tudo era explicado no âmbito sobrenatural. Hipócrates e os médicos da escola de Cós inserem-se no processo de exame escrupuloso dos fatos, na busca de ligações universalmente válidas.<sup>11</sup>

A chegada dos médicos gregos a Roma, em razão de uma convocação dos próprios romanos diante de uma grande pestilência no ano de 239 aC, produziu grandes transformações. Esses médicos, ricos em ciência, tinham os bolsos e os estômagos vazios. A necessidade os fez então desafiar os romanos, cobrando pelos serviços e pelos ensinamentos que compartilharam, conferindo caráter profissional aos serviços prestados. Até então, no império, havia 3 categorias de médicos: os escravos comprados pelas famílias, os funcionários do Estado, recrutados para cuidar dos gladiadores e do exército, e os funcionários da corte que às vezes desempenhavam um papel político. Com a estruturação da profissão, ocorre o traslado de uma medicina animista para um estado embrionariamente científico, com o surgimento das escolas (metodológica, patogênica, eclética, etc.) e a aparição dos grandes mestres (Galeno, Celso, Plínio e Dioscórides. O reconhecimento da relevância dos trabalhos prestados

---

<sup>9</sup> SIQUEIRA. A bioética e a revisão dos códigos de conduta moral dos médicos no Brasil (2008), p. 86.

<sup>10</sup> Hipócrates. Tratados hipocráticos: sobre a decência. Madrid: Gredos, 1993, apud SIQUEIRA. A bioética e a revisão dos códigos de conduta moral dos médicos no Brasil (2008), p. 86.

<sup>11</sup> MOSSÉ. As lições de Hipócrates (1985), p. 54.

permaneceu em ascensão. Nos tempos de César, os médicos gregos receberam cidadania romana (em 46 AC) e com Adriano (117 DC) foram isentos de impostos.<sup>12</sup>

### 1.1.2 Idade Média

Com o advento do cristianismo, a análise das moléstias foi novamente impregnada de uma perspectiva espiritual, surgindo o processo de demonização<sup>13</sup>. As doenças eram constantemente associadas a consequências espirituais, pecado e possessão. Um médico árabe-cristão, de nome Thâbit, após ter sido chamado para prestar serviços junto aos Francos, regressa relatando cenas de que fora testemunha inútil. Dentre seus relatos, conta a história de uma mulher que, examinada, recebeu diagnóstico de possessão demoníaca, ordenando-se que lhe rapassem a cabeça e passassem a alimentá-la com mostarda e alho. Após piora de seu quadro clínico, o médico diz então: “é porque o demônio lhe penetrou a cabeça”. Tomando de uma navalha, fez-lhe um corte no couro cabeludo em forma de cruz, tão profundo que era possível ver os ossos do crânio. Em seguida esfregou-lhe sal na cabeça, levando-a à morte imediata.<sup>14</sup>

Alguns dos primeiros padres da igreja condenaram a medicina pagã e, durante muito tempo, foi uma chacota espirituosa dizer que *ubi ter physici, due athei* (onde há três médicos, há dois ateus). Na toada do sincretismo religioso que se deu na adoção do cristianismo pelo império romano, os templos de cura dedicados a Esculápio foram substituídos por outros dedicados a santos e mártires, em especial São Cosme e São Damião que assumiram o papel de padroeiros da medicina. Cada órgão do corpo ou moléstia passou a ter um santo designado para os cuidados: Santo Antonio para a erisipela, São Vito para a coréia, e assim por diante.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> IHERING. El fin em el Derecho (1972) p. 58, apud LORENZETTI. Responsabilidad civil de los médicos, tomo 1, pp. 19-20.

<sup>13</sup> Cf. TOMMAS. Arte-terapia e loucura (2005), pp. 56 e ss.

<sup>14</sup> MICHEAU. A idade de ouro da medicina árabe (1995), p. 58.

<sup>15</sup> POTER, op cit, p. 50.

A sangria se popularizou como método curativo, em especial pela sua capacidade de “purgação”.<sup>16</sup> De outro lado, a ética médica se confundia com a valoração dos objetos de acordo com a concepção moral e religiosa da época. Asaph, médico judeu proeminente que viveu no século VI, aconselhava que não desse poção alguma a mulher grávida por adultério para que pudesse esta abortar.<sup>17</sup>

Segundo a teoria simplista, presente à época, que remonta ao Direito romano e aos antigos costumes bárbaros, o indivíduo tem o direito subjetivo de propriedade sobre seu próprio corpo, de tal modo que todo ato de disposição sobre o próprio corpo seria válido. Para contornar essa pretensa onipotência, Santo Tomás de Aquino, na mesma perspectiva de direitos reais, vem a atribuir ao homem o usufruto de seu corpo e a sua propriedade a Deus.<sup>18</sup> Entretanto, o poder decisório e o correlato direito de informação permaneciam renegados, conforme já precursionava a tradição grega. Em texto atribuído a Santo Antonio de Florença encontra-se: “se um homem enfermo recusa os medicamentos prescritos por um médico chamado por ele ou seus parentes, pode ser tratado contra sua própria vontade, do mesmo modo que um homem pode ser retirado contra sua vontade de uma casa que está por ruir”<sup>19</sup>

A chama da medicina clássica foi mantida no mundo islâmico, onde a sucessão de eruditos médicos (atuando no que hoje são a moderna Síria, Iraque, Irã, Egito e Espanha) estudou, sistematizou melhor e ampliou os trabalhos da escola grega. No século XII, quando da fundação de universidades e recuperação e retradução de textos eruditos de medicina, provenientes de fontes islâmicas, a medicina profissional passou por um processo de reestruturação, a começar por Salerno no sul da Itália. Depois de sete anos, assistindo a aulas e participando de debates e provas orais, o aluno podia formar-se como médico habilitado. O estudo escolástico visava à construção de um ensino racional (*scientia*), dentro de um arcabouço filosófico com objetivo de conferir ao profissional a capacidade de explicar as razões das coisas. A grande maioria dos

<sup>16</sup> LIBIGRE. Sangrar e purgar (1985), pp. 289-298.

<sup>17</sup> PINA. Responsabilidade dos médicos (2003), p. 6.

<sup>18</sup> BUSTAMANTE ALSINA. Teoría General de la responsabilidad civil (1997), p. 526.

<sup>19</sup> Amundsen D. The Physician's obligation to prolong life: a medical duty without classical roots. Hastings Cent Rep 1987 Aug 8; 17(4): 153-72, apud SIQUEIRA (2008), p. 87. Em texto do século XIX, Thomas Percival, ainda na mesma toada reconhece a legítima negativa ao paciente ao direito de informação, afirmando: “seu direito à verdade é duvidoso ou mesmo nulo” (Garcia D. El orden médico: La ética médica de Thomas Percival. Asclepio 1983,35:227-55, 1987, Apud SIQUEIRA [2008], p. 87).

profissionais da época, entretanto, permaneciam sendo formados como aprendizes por meio da experiência.<sup>20</sup> O ensino médico português iniciou-se no Mosteiro de Santa Cruz de Coimbra, fundado em 1131 e a primeira universidade em 1288, em Lisboa.

Em meio a doenças como a peste negra, que dizimara um terço da população europeia, os médicos despertaram para os deveres de informação e prevenção e assumiram novos papéis. Na França, foram estabelecidas regras que compunham o regime contra a peste, cujo objetivo se depreende do próprio enunciado.<sup>21</sup> Nesse período, surgem os primeiros hospitais com estrutura organizacional, inicialmente promovidos por ordens religiosas, as quais foram, aos poucos, sendo substituídas pela administração do Estado.<sup>22</sup>

Em Portugal, com o Hospital Real de Todos os Santos, em 1492, surgem os cirurgiões, práticos em Cirurgia, Farmácia e Dietética. Em 1551, para uma população de 14389 homens e 8591 mulheres, Lisboa contava com 57 Físicos (médicos), 60 Cirurgiões, 18 “Saca-moelas”, 25 Parteiras, 46 Boticários, 12 mulheres que vendiam “pasturas” para a cara, 4 homens que faziam óculos, 20 Cristaleiras (que aplicavam clisteres), 197 Barbeiros e 24 Coveiros.<sup>23</sup>

O primitivo estado da técnica, a ignorância quanto aos meios de cura e a consequente impossibilidade de se imputar infração à *lex artis*, protegiam o médico sob um manto quase *sacerdotal*, conferido pelo ideal ético de juramento de Hipócrates e revestido (quase que *aureolado*) por sua autoridade *balsâmica* diante da debilidade daquele que se encontrava prostrado no leito de dor. O caráter sacerdotal do médico para com seus pacientes converteu estes, durante séculos, em fiéis submissos – *perpetuação da dialética do amo e do servo – incapazes de reagir juridicamente frente*

---

<sup>20</sup> POTER. op. cit., p. 51.

<sup>21</sup> JACQUART. A medicina medieval posta à prova (1985), p. 80.

<sup>22</sup> No Livro da vida ativa do Hospital de Paris, que contava com mais de 300 leitos no século XV, os deveres do médico são listados: “deve diligentemente conhecer e considerar as condições dos doentes em cinco matérias; é também necessário conhecer a duração da doença, a sua gravidade, a sua causa, o seu grau de adiantamento. Depois, tendo estabelecido o seu diagnóstico, o médico dosará a sua intervenção em função do caráter da doença e do estado do paciente, e utilizará prioritariamente, salvo absoluta necessidade, remédios ligeiros, agradáveis ao gosto, de que tomará uma pequena quantidade diante do doente para que ele fique confiante.” SAUNIER. A vida cotidiana nos hospitais da Idade Média (1985), p. 210.

<sup>23</sup> Cristovão Rodrigues de Oliveira: Summario, 1551, apud RATEIRO. Medicina Portuguesa no Japão.



à *imperícia negligente do chamado “imperialismo médico”*.<sup>24</sup> Na Espanha, alguns diplomas jurídicos, ainda que de forma tímida, se preocuparam em regular os casos de erro médico, tais quais o *Fuero Juzgo*<sup>25</sup>, do século VIII e o Código das *Siete Partidas*<sup>26</sup> de Alfonso X do século XIV.

Da mesma segurança, todavia, não gozavam os médicos dos reis, dos quais muito se exigia. Apesar de gozarem de grande prestígio, enquanto o soberano gozava de saúde, era comum se tornarem alvo das frustrações do monarca, quando se faziam incapazes de curar. Os tratados médicos recomendavam o abandono da casa real antes do desenlace, sob pena de sofrer o mesmo fim do médico que, chamado à cabeceira de João do Luxemburgo (1296-1346), rei da Boemia, quando se mostrou incapaz de curar a cegueira de seu paciente, foi metido em um saco e jogado no Oder.<sup>27</sup>

### 1.1.3 Idade Moderna e Contemporânea

O século XVIII apresentou-se como o auge do charlatanismo, seja ele realizado de má-fé, seja ele expressão de fanáticos que de fato acreditavam cegamente em suas técnicas, como é o caso do escocês James Graham, que promovia a vida longa e o rejuvenescimento sexual por meio de banhos de lama e de sua cama celeste especial, eletrificada, que se localizava em seu “templo da saúde”, na strand londrina. Do mesmo modo, o Elixir Balsâmico Rose’s, segundo seus vendedores, era capaz de curar “os ingleses afrancesados” (termo utilizado para pacientes com doenças venéreas), com três ou quatro doses. Os vendedores itinerantes se tornaram famosos por se

<sup>24</sup> ALONSO PÉREZ. La relación medico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (2000), p. 16.

<sup>25</sup> Na Lei Vi, do Livro Xi se lê: “si algún físico sangrar algún omne libre, e se enflaqueciere por, el médico debe pechar cincuenta a cien sueldos. E si muriere metan al físico en poder de los parientes que fagan lo que quisieren. E si el siervo enflaqueciere e muriese por sangría, entregare otro siervo a su señor”.

<sup>26</sup> Prevê a partida II, Título IX, Lei X: “Físico, según mostraron los sabios antiguos tanto quiere decir como sabiduría para conocer las cosas según la naturaleza...Y según dijo Aristóteles a Alejandro, deben Haber en si cuatro cosas. La una que sean sabedores Del arte. La segunda probados bien en ella. La tercera que fuesen apercebidos en los hechos que acaecieren. La cuarta muy leales y verdaderos; y si no fuesen sabedores del arte no sabrán conocer las enfermedades. Y si no fueren bien probados en ella no podrían dar tan buen consejo, que es cosa de la viene gran daño. Y si no fueren bien apercebidos no sabrán correr con los grandes peligros cuando sucedan. Y si leales no fueren, harían mayores traiciones que otros hombres porque las harían encubiertamente.”

<sup>27</sup> GAUVARD. As doenças dos reis da França (1985), pp. 232-233.

apresentarem em praças públicas com grandes discursos e roupas espalhafatasas, atraindo a multidão para um palco improvisado e distribuindo algumas amostras grátis de seus remédios milagrosos. Enquanto isso, em torno de 1780, o único medicamento que aliviava efetivamente a gota era a Eau Médicinale, porque continha cólico, comercializada por um oficial do exército francês, Nicolas Husson, e ridicularizada pelos médicos profissionais.<sup>28</sup>

As técnicas antissépticas vieram se consolidar ao final do século XIX. A esterilização a quente dos instrumentos foi exortada por Koch, em 1881. Do mesmo modo, o cirurgião norte-americano Willian S. Halted, do hospital Johns Hoplins, introduziu o uso de luvas de borracha que, juntamente com os aventais cirúrgicos e máscaras faciais, reduziram o risco de infecções, tornando os ambientes esterilizados um imperativo, aumentando os índices de sucessos cirúrgicos.<sup>29</sup>

A interação médico-paciente do século XIX e início do século XX é marcada por uma relação pessoal que surtia grande efeito tranquilizador. Os médicos eram chamados para visitas domésticas<sup>30</sup>, as quais se pautavam por regras rígidas de

---

<sup>28</sup> POTER, op. cit, pp. 63-64.

<sup>29</sup> POTER, op. cit, pp. 155-156.

<sup>30</sup> RUBEM ALVES, em bela crônica, descreve um quadro presente na parede do consultório médico que freqüentava em sua infância: "...e, de repente, um canto da minha memória que o esquecimento escondera se iluminou, e eu o vi de novo, do jeito como o havia visto pela primeira vez: o quadro. Vejo-me, menino, na sala de espera do consultório médico. Estou doente. Meus olhos assustados passeiam pelos objetos à minha volta. Até que o encontram. Pendia, solitário, na parede branca, Levanto-me e me aproximo, para ver melhor. Leio o nome da tela: 'o Médico'. É a sala de uma casa. Cena familiar. Tudo está mergulhado na sombra, exceto o lugar central, iluminado pela luz de um lampião. Mas a luz é inútil. O lugar mais iluminado é o mais obscuro: uma menina doente. A clareza dos detalhes só serve para indicar o lugar onde o mistério é mais profundo...Ao lado da menina, um estranho, assentado: o médico. Pois o médico não é um estranho? Estranho sim, pois não pertence ao cotidiano da família. E, no entanto, na hora da luta entre o amor e a morte, é ele que é chamado. O médico medita. Seu cotovelo se apóia sobre o joelho, seu queixo se apóia sobre a mão. Não medita sobre o que fazer. As poções sobre a mesinha revelam que o que podia ser feito já foi feito. Sua presença meditativa acontece depois da realização dos atos médicos, depois de esgotados o seu saber e o seu poder. Bem que poderia retirar-se, pois que ele já fez o que podia fazer. Mas não. Ele permanece. Espera. Convive com a sua impotência. Talvez esteja rezando. Todos rezamos quando o amor se descobre impotente. Oração é isto: esta comunhão com o amor, sobre o vazio...talvez esteja silenciosamente pedindo perdão aos pais por se assim tão fraco, tão impotente, diante da morte. E talvez sua espera meditativa seja uma confissão: Também eu estou sofrendo...Amei este quadro a primeira vez que o vi, sem entender...Hoje o quadro já não mais se encontra nas salas de espera dos consultórios médicos. A modernidade transferiu a morte do lar, lugar do amor, para as instituições, lugar de poder. E os médicos foram arrancados desta cena de intimidade e colocados numa outra onde as maravilhas da técnica tornaram insignificantes a meditação impotente diante da morte. Mas a bela cena não desapareceu. Sobrevive em muitos como memória e nostalgia, em meio às frestas das instituições. A estes médicos, cujos nomes não é preciso dizer (pois eles sabem quem são), que silenciosamente meditam diante do abismo misterioso da tragédia humana, ofereço a minha própria meditação impotente. Olho para eles com os mesmos olhos

cavalheirismo, conferindo-se grande importância aos modos apresentados. Os clínicos insinuavam que os médicos disseminavam práticas hipocondríacas entre os pacientes mais abastados que se apresentavam como grande fonte de lucros, ao oferecerem jargões diagnósticos, receitas favoritas, minúcias dietéticas e de estilo de vida.<sup>31</sup> Os tratamentos médicos até o século XX eram muito limitados. A farmacopéia era escassa e dos milhares de remédios oficialmente utilizados, poucos eram realmente eficazes. Dentre esses figuravam o quinino, para a malária; o ópio, como analgésico; o cólico, usado na gota; a digitalina, para estimular o coração; o nitrito de amila, para dilatar as artérias na angina; e, introduzida em 1896, a versátil aspirina. O ferro era servido em grandes quantidades como tônico, assim como a sena e outros preparados herbáceos eram usados como purgativos. As curas verdadeiras continuavam distantes e os médicos sabiam que suas receitas, ao final, não passavam de engodos. Nesse viés, a expectativa não era de que os médicos fizessem milagres e já era fato comum e esperado as constantes rodadas de funerais.<sup>32</sup>

A concepção sacerdotal do médico trazia, em seu bojo, a perspectiva do paciente como um ser desprovido do discernimento necessário para decidir sobre as intervenções médicas, cabendo ao médico dedicar-lhe os mesmos cuidados e atenção conferidos a uma criança que desconhece o que é melhor para ela.<sup>33</sup> A grande mudança cultural no contexto da relação médico-paciente se dá com a promoção da autonomia deste, deixando o médico a antiga posição paternalista em que decidia sozinho. Inaugura-se uma relação de parceria terapêutica, em que o profissional compartilha decisões com aquele que é diretamente afetado por elas, através do consentimento informado.<sup>34</sup>

Com o rompimento dos estigmas da concepção sacerdotal do médico e, de outro lado, das perspectivas da superstição ou mesmo do império da divindade, a medicina passou a enfrentar e buscar compreender o desconhecido. As exigências

---

do menino que, pela primeira vez, se defrontou com a beleza desta cena, na sala de espera de um consultório (O médico, 1997, pp. 117-120)

<sup>31</sup> Uma charge da revista Punch de 1884 trazia o seguinte diálogo: Primeira Senhora: *Que tipo de médico é ele?* Segunda senhora: *Ah, bem, não entendo muito de suas qualificações, mas ele tem modos excelentes!*

<sup>32</sup> POTER, op. cit., p. 57.

<sup>33</sup> NALINI. Reflexões sobre a ética médica (2000), p. 60.

<sup>34</sup> MARTINS-COSTA. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia (2005), p. 127.

quanto aos conhecimentos necessários para o exercício da profissão aumentaram.<sup>35</sup> O desenvolvimento da técnica promove o médico a um papel mais ativo, contribuindo também para um incremento dos riscos e, conseqüentemente, da necessidade de proteção jurídica, tanto contra o erro como contra violações à liberdade da técnica, necessária ao desenvolvimento da ciência, tendo como balisadores princípios éticos da medicina que vêm se consolidando.<sup>36</sup>

Durante a segunda guerra mundial, diversos experimentos foram conduzidos pelo médico Mengele sobre prisioneiros de guerra, chocando o mundo pelos relatos de crueldade e violação aos direitos humanos. O Tribunal de Nuremberg, de 1947, em resposta a isso, veio a estabelecer uma série de premissas como reguladoras dos procedimentos de ensaios clínicos em seres humanos. Seguiram-se a esse a Declaração de Helsinque<sup>37</sup>, revista em 1975, 1983, 1989 e 2000 por diversas edições das assembléias gerais da Associação Médica Mundial, e os Princípios de Ética Médica, relativos à Tortura e Crueldade com Prisioneiros e Detentos das Nações Unidas.<sup>38</sup> Em Portugal os ensaios clínicos são regulamentados pela Lei 46/2004 e pelo Decreto-Lei 102/2007. No Brasil, a experimentação humana é regulamentada pela Resolução 196 de 10 de Outubro de 1996 do Conselho Nacional de Saúde.

A vida humana, que hoje se consagra como objeto de suma proteção, já foi, em tempos remotos do Direito Romano, relativizada em seu valor, de acordo com o status

---

<sup>35</sup> Em um dos casos mais antigos da jurisprudência americana a corte de New Hampshire estabeleceu alguns requisitos que devem ser apresentados para a atividade médica: 1) Que ele possua grau razoável de conhecimento, técnica e experiência, de acordo com aquilo que é ordinariamente esperado pela sociedade e pelos técnicos da área, como suficiente a qualificá-lo a se engajar em tais negócios. 2) Que ele irá usar razoável e ordinário cuidado e diligência na execução de suas habilidades e aplicação de seu conhecimento, para garantir o propósito para o qual foi contratado. 3) Que utilizará seu melhor julgamento na escolha da técnica (Leighton v. Sargente, 27 N.H. 460, 469-72 (1853).

<sup>36</sup> HIRONAKA. Responsabilidade civil: o estado da arte (2009), p. 187.

<sup>37</sup> O primeiro e indispensável elemento é o consentimento do paciente, que será conferido mediante a devida informação quanto aos métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. Os ensaios clínicos, necessários para o desenvolvimento da medicina, serão procedidos sobre seres humanos apenas quando indispensável e após testes já realizados em animais. Também se estabeleceu a possibilidade apenas para grau de risco aceitável, conferindo ao paciente a liberdade de se retirar no decorrer do experimento. Ao pesquisador, foi conferido o dever de suspender os experimentos, se tiver motivos razoáveis para acreditar que a continuação do experimento provavelmente causará dano, invalidez ou morte para os participantes (Trials of war criminal before the Nuremberg Military Tribunals. Control Council Law 1949;10(2):181-182).

<sup>38</sup> NEVES. Códigos de conduta: abordagem histórica (2008), p. 112.

que sustentava cada indivíduo. De forma mais notória, é sabido que o escravo não se distinguia muito de um objeto, sendo seu senhor titular dos direitos sobre sua vida. Esse foi justamente o pilar sobre o qual se ergueu o Império Romano e se estruturou sua economia: conquistas e aquisição de escravos. A mesma lógica permaneceu com o tráfico negreiro que sustentou a economia portuguesa e brasileira por séculos. Isso revela que o Direito se apresenta muitas vezes mais preocupado com ideais utilitaristas e as justificativas “éticas” que sustentam a norma, e muitas vezes esconde a manipulação de interesses de Estado. Em tempos não tão remotos, WELZEL cita o caso do aborto, que, na Alemanha de 1943, foi facultado pelo ministro da justiça do Reich a todas as pessoas não pertencentes ao povo alemão.<sup>39</sup>

## 1.2 Surgimento dos órgãos de classes e códigos deontológicos

É conferida a THOMAS PERCIVAL (1740-1804) a concepção do primeiro código de ética médica, que buscou estruturar os princípios básicos de moral e comportamento do profissional, tratando, nos quatro primeiros capítulos, de diretrizes para a conduta do médico na prática geral, hospitalar e privada, bem como na administração de medicamentos e assuntos legais afetos à profissão.<sup>40</sup>

Em Portugal, a primeira entidade representativa da classe médica foi a ordem dos médicos portugueses, criada em 1898. Posteriormente, em 1938, surgiu a Ordem dos médicos e seu estatuto foi aprovado pelo Decreto-Lei 29171, no mesmo ano em que fora revogado e substituído por outro em 1956, sob o Decreto Lei 40651, de 21 de Junho de 1956, o qual fora modificado ainda por algumas vezes por outros decretos. Em cumprimento do estabelecido na alínea a do artigo 6.º e ao abrigo das disposições conjugadas da alínea b do art.º 57.º, da alínea j do artigo 64.º, com observância do artigo 80.º, todos do Estatuto da Ordem dos Médicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 282/77, de 5 de Julho, com as alterações introduzidas pelos Decretos Lei n.º 326/87, de 01 de Setembro e n.º 217/94, de 20 de Agosto, foi aprovado o atual Código Deontológico dos Médicos em Portugal. Trata dos chamados princípios éticos

---

<sup>39</sup> WELZEL. La teoría de la acción finalista (1951), p. 12.

<sup>40</sup> Cf. PERCIVAL. Medical Ethics ( 1803).

fundamentais, imutáveis no tempo e espaço, como o respeito pela vida humana e pela sua dignidade, o dever da não-discriminação e o sigilo profissional, assim como dos parcialmente acidentais, que, embora úteis e mesmo necessários, são mutáveis, como as regras de publicidade médica, os honorários e as relações com a administração pública. Cuidou também de problemas atuais, em reflexo aos avanços da ciência como a intervenção genética, a clonagem, os novos conceitos de avaliação da morte e o desenvolvimento das possibilidades e das técnicas de transplantação.

No Brasil, em 1867, a Gazeta Médica da Bahia publicou uma tradução do Código da Associação Médica Americana, escrito sob influência da obra de THOMAS PERCIVAL. Após 62 anos, o Sindicato Médico Brasileiro publicou o Código de Moral Médica de 1929<sup>41</sup>, aprovado pelo IV Congresso Médico Latino-Americano. A primeira produção autenticamente brasileira vem a surgir no 1 Congresso Médico Sindicalista, em 1931, Código de Deontologia Médica (1931)<sup>42</sup>, o qual ainda não gozava de status jurídico. O primeiro diploma oficialmente reconhecido no Brasil foi o Código de Deontologia Médica<sup>43</sup>, aprovado em outubro de 1944 no IV Congresso Médico Sindicalista. Em 1953, a Associação Médica Brasileira (AMB) vem a produzir o Código de Código de Ética da Associação Médica Brasileira<sup>44</sup>, que é assumido, posteriormente, pelo Conselho Federal de Medicina, então remodelado como entidade normativa e tribunal de ética pela Lei 3.268/1957. Este mesmo órgão assume a tarefa de alterar o

---

<sup>41</sup> "Código de Moral Médica, tradução do Código de Moral Médica aprovado pelo VI Congresso Médico Latino-Americano feita pelo Dr. Cruz Campista, in Boletim do Sindicato Medico Brasileiro, nº 8, agosto de 1929, p.114-123."

<sup>42</sup> Código de Deontologia Médica, aprovado pelo 1º Congresso Médico Sindicalista, in Boletim do Sindicato Medico Brasileiro, nº 8, agosto de 1931, p. 124-130.

<sup>43</sup> Código de Deontologia Médica, aprovado pelo IV Congresso Sindicalista Médico Brasileiro em 24 de outubro de 1944 e oficializado pelo Decreto-lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945 que instituiu os Conselhos de Medicina. Código Brasileiro de Deontologia Médica (1945), aprovado pelo IV Congresso Sindicalista Médico Brasileiro em 24 de outubro de 1944 e oficializado pelo Decreto-lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945 que instituiu os Conselhos de Medicina.

<sup>44</sup> Associação Médica Brasileira, Código de Ética da Associação Médica Brasileira, [Curitiba 1953]. Associação Médica Brasileira, Código Brasileiro de Ética Médica- Aprovado na IV Reunião do Conselho Deliberativo, ocorrida no Rio de Janeiro, a 30 de janeiro de 1953, in Rafael de União dos Palmares, O.F.M. Cap.moral e Medicina: em defesa da pessoa humana [ Companhia Editora Nacional,São Paulo 1962],p.184-200. Associação Médica Brasileira, Código de Ética Médica: código de Ética Médica em vigor, Aprovado na IV Reunião do Conselho Deliberativo da A.M.B.,ocorrido no Rio de Janeiro, a 30 de janeiro de 1953 , (menos o último capítulo, Conservância e aplicação do código : Artigos 88-90) in Revista [Arquivo] do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, ano 1, nº1, outubro de 1960, p.7-18.

diploma então vigente, dando origem ao Código de Ética Médica de 1965<sup>45</sup>, que vem a ser substituído pelo Código Brasileiro de Deontologia Médica(1984)<sup>46</sup>. O próximo código foi editado em 1988 como parte do processo de redemocratização do país, produzido durante a Primeira Conferência Nacional de Ética Médica, realizada de 24 a 28 de novembro de 1987 no Rio de Janeiro.<sup>47</sup> Finalmente, o atual diploma entrou em vigor em 13 de abril de 2010, como o sexto Código de Ética Médica reconhecido no Brasil e traz novidades como a previsão de cuidados paliativos, autonomia do paciente e regras para reprodução assistida. O documento é composto por 25 princípios fundamentais do exercício da Medicina, 10 normas diceológicas, 118 normas deontológicas e quatro disposições gerais.

Na esfera internacional, situa-se o Código de Ética Médica, elaborado na 3ª assembléia geral da Associação Médica Mundial, realizada em Londres em Outubro de 1949 e alterado pela 22ª Assembléia Médica Mundial, em Sydney, em Agosto de 1968 e pela 35ª Assembléia Médica Mundial, em Veneza, em Outubro de 1983.

Dentre os diplomas internacionais que regulam o exercício da medicina, destaca-se a declaração de Genebra, elaborada pela 2ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial, em Genebra, em Setembro de 1948, que traz uma adaptação ao juramento de Hipócrates, a qual é lida pelos médicos no momento da formatura. Após alterações sofridas na 46ª Assembléia Médica Mundial, em Estocolmo, em Setembro de 1994, a versão atualmente utilizada é:

"No momento de me tornar um profissional médico:  
Prometo solenemente dedicar a minha vida a serviço da  
Humanidade.  
Darei aos meus mestres o respeito e o reconhecimento que lhes são  
devidos.  
Exercerei a minha arte com consciência e dignidade.  
A saúde do meu paciente será minha primeira preocupação.

<sup>45</sup> Código de Ética Médica, in Diário Oficial (Seção I, parte II), 11 de janeiro de 1965, p. 96-99. Código de Ética Médica, in Conselho Regional de Medicina do Estado da Guanabara, Ética Médica [Rio de Janeiro 1974], p.3-20. Código de Ética Médica, em vigor desde 11 de janeiro de 1965, elaborado pelo Conselho Federal de Medicina, in Arquivos do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, nº 7, ano 6, 1965, p. 3-14.

<sup>46</sup> Conselho Federal de Medicina, Código Brasileiro de Deontologia Médica, in Diário Oficial (Seção I), 27 de abril de 1984, p. 5.999-6000. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.154/ 84 [Conselho Federal de Medicina, Rio de Janeiro 1984], incorporados às correções publicadas no Diário Oficial, 9 de maio de 1984, p.6.606.

<sup>47</sup> Informações retiradas do site oficial do Conselho Federal de Medicina brasileiro: <http://www.portalmédico.org.br>.

Mesmo após a morte do paciente, respeitarei os segredos que a mim foram confiados.

Manterei, por todos os meios ao meu alcance, a honra da profissão médica.

Os meus colegas serão meus irmãos.

Não deixarei de exercer meu dever de tratar o paciente em função de idade, doença, deficiência, crença religiosa, origem étnica, sexo, nacionalidade, filiação político-partidária, raça, orientação sexual, condições sociais ou econômicas.

Terei respeito absoluto pela vida humana e jamais farei uso dos meus conhecimentos médicos contra as leis da Humanidade.

Faço essas promessas solenemente, livremente e sob a minha honra."

Os órgãos de classe se apresentam com reconhecido valor, ao traçar regras de conduta para o bom desempenho da profissão, esclarecer deveres e conferir apreciação técnica dos deveres inerentes aos novos paradigmas que se apresentam ante o desenvolvimento da ciência. Além disso, promovem os julgamentos administrativos, no campo ético disciplinar, de condutas apontadas como negligentes.

Nos tribunais de ética, formados pelos próprios pares do médico denunciado, a prova da culpa torna-se imprescindível, sendo desconhecida qualquer espécie de responsabilidade objetiva, independentemente do tipo de obrigação. A atividade médica será sempre tomada como de meio. O mau resultado é o motivo da denúncia contra o médico, mas aos conselhos de ética cabe o dever de apurar adequação da conduta.<sup>48</sup>

É bem verdade que os conselhos de medicina, apesar de não deterem conhecimento da técnica jurídica e, desse modo, padecerem de dificuldade no estabelecimento do nexo causal, em especial no que toca ao estabelecimento de regras de distribuição do ônus da prova, presunções e ilações, são sem dúvida os órgãos, em tese, mais qualificados para a constatação de condutas contrárias à melhor técnica. Assevera CONSTANTINO, médico e Diretor do Conselho Federal de medicina de 2003 a 2009, em verdadeira apologia à pretensa superioridade do julgamento dos Conselhos de Ética perante o judiciário, que: "Quem melhor que os Conselhos de Medicina para apurar todas essas responsabilidades? Dificilmente alguém saberá

---

<sup>48</sup> CONSTANTINO. Julgamento ético do médico: reflexão sobre culpa, nexo de causalidade e dano (2008), p. 103.



avaliar melhor uma situação do que os Conselhos, formados por médicos que vivenciam em seu cotidiano todo o contexto da assistência à saúde. A esse respeito não é demais lembrar que desde Hipócrates são os médicos o segmento profissional que mais se preocupa com a ética.”<sup>49</sup>

### 1.3 Embarços à formação profissional

Em Portugal o número de médicos por habitantes é alto, 38.399 médicos em 2007, cerca de 1 médico para cada 263 habitantes, número superior ao considerado ideal (1 para cada 300). Isso representa mais médicos, em termos relativos, que o Reino Unido, França, Dinamarca, Irlanda, Finlândia, entre outros países. Um relatório da OCDE, de 2008, indica que, em 2005, Portugal tinha já 3,4 médicos por 1 mil habitantes, em comparação com uma média de 3,1% dos países industrializados.<sup>50</sup> Para RUI NUNES, as dificuldades não se encontram na falta de médicos, mas na sua carência relativa (por especialidade) e na falta de planejamento estratégico (assimetrias geográficas). Também não existe falta de faculdades de Medicina em Portugal: nove escolas médicas, um número bem acima do recomendado pela União Europeia, de uma faculdade de medicina por 2 milhões de habitantes. O que se compreende desses dados é que a medicina é sistematicamente a profissão mais procurada pelos jovens portugueses. Portugal é hoje um país exportador de mão de obra médica. Segundo o Ministério da Saúde, há 100 especialistas a mais nos hospitais.<sup>51</sup>

O Brasil vive realidade distinta. Em dados levantados pela Fundação Getúlio Vargas, referentes a 2005, naquele ano havia um médico para 595 habitantes no

---

<sup>49</sup> CONSTANTINO. Julgamento ético do médico: reflexão sobre culpa, nexos de causalidade e dano (2008), p. 105.

<sup>50</sup> NUNES. O sistema de saúde português garante a melhoria significativa de saúde da população (2010), p. 14.

<sup>51</sup> SILVA. Editorial (2011), p. 5.

Brasil.<sup>52</sup> Os problemas mais graves, entretanto, se encontram na enorme disparidade de distribuição geográfica.<sup>53</sup>

Em Portugal a especialização do profissional é dada pelo regime de Internato Médico, regulado pelo Decreto-Lei nº 60/2007 e pela Portaria nº 183/2006<sup>54</sup> e organizado em dois períodos de formação, o ano comum e a área profissional de especialização. Após a conclusão do curso de medicina, os médicos candidatam-se a um concurso nacional para admissão no internato médico, que poderá durar de 4 a 6 anos, a depender da especialidade.

No Brasil, segue-se o sistema da residência médica, idealizada por HALSTED, em 1885. O médico se submete a treinamento, de dois a seis anos, a depender da especialidade, sendo acompanhado por médicos responsáveis pelos residentes (preceptor), para adquirir a necessária prática. Ao final, presta a prova do título da especialidade, alcançando reconhecimento de suas habilidades.<sup>55</sup> Contudo, nem todos os médicos que se diplomam no país acabam tendo acesso a isso. Anualmente, apenas quatro mil vagas são oferecidas para os dez mil médicos que se diplomam todos os anos no Brasil. Os reprovados se acumulam a cada ano e permanecem nos próximos anos a perseguir a aprovação. Nos Estados Unidos já há inclusive limitação a 3 tentativas no máximo por candidato. O grande número de reprovados acaba aceitando

---

<sup>52</sup> Em dados atuais, retira-se do sítio eletrônico do Conselho Federal de Medicina Brasileiro a existência de 355.332 médicos e do censo do IBGE de 2010 um total 190.732.694 habitantes em todo território nacional. Percebe-se, desse modo, que o quantitativo de médicos por habitantes tem aumentado (536 médicos por habitantes).

<sup>53</sup> A situação mais grave é observada no Rio de Janeiro, que tem o município com menor número de habitantes por médico (Niterói, com 93,55 habitantes por médico) e o que ocupa a base do ranking (Belford Roxo, com 6.878,54 habitantes por médico), entre as cidades com mais de 250 mil habitantes. Dentre os estados brasileiros, o Distrito Federal lidera os índices, com 292 habitantes por médico, seguido pelo Rio de Janeiro (299 por um) e São Paulo (448 por um). No outro extremo, encontram-se os estados do Maranhão, na pior colocação, com 1.786 habitantes por médico; o do Pará, com 1.351, e Piauí, com 1.282 habitantes por médico.

<sup>54</sup> Nos termos do artigo 2.º da Portaria n.º 183/2006, de 22 de Fevereiro, que aprova o Regulamento do Internato Médico: “ O internato médico realiza-se após a licenciatura em Medicina e corresponde a um processo único de formação médica especializada, teórica e prática, tendo como objetivo habilitar o médico ao exercício tecnicamente diferenciado na respectiva área profissional de especialização”

<sup>55</sup> A Residência Médica é uma modalidade de ensino de pós-graduação, sob a forma de curso de especialização, realizada em Instituições de Saúde, sob a orientação de profissionais médicos, conforme a letra, no Brasil, do Decreto 80.281, de 5 de setembro de 1977, que a regulamenta. Esses programas são credenciados e reconhecidos pela Comissão Nacional de Residência Médica. O grupo é composto pelos Ministérios da Saúde, da Educação e da Previdência Social, das Forças Armadas e de entidades médicas, como o CFM. A Associação Médica Brasileira possui cinquenta e sete sociedades especializadas com credenciais para expedir título de especialista em sua área.

empregos em locais sem condições de aprimoramento dos conhecimentos que não exigem maiores qualificações. Assim, atualmente o país treina apenas um terço dos profissionais, o que representa um acréscimo de dois terços da classe não treinada a cada ano.<sup>56</sup>

No intuito de avaliar a formação dos médicos, todo ano o Conselho Regional de Medicina no Estado de São Paulo faz um exame. A participação é voluntária. Os resultados têm sido alarmantes. O teste é aplicado desde 2005 e não é obrigatório. Nos últimos três anos, mais da metade dos futuros médicos foi reprovada. No ano de 2009, apenas 24% dos estudantes que se formam no Estado se apresentaram voluntariamente para a avaliação. Como o exame é voluntário, os coordenadores do projeto acreditam que apenas os candidatos que se consideravam mais bem preparados se prontificaram a realizar a prova.<sup>57</sup>

O avanço da ciência permite maiores possibilidades de interação com as causas das enfermidades, ao mesmo tempo em que lança sobre o médico uma cobrança maior de capacitação. As deficiências técnicas caminham na mesma proporção em que a medicina evolui. De um modo geral, podemos afirmar que não é o ensino que regride a cada ano. O que se denota é a grande dificuldade de garantir que os novos profissionais acompanhem as exigências impostas pelo progresso da técnica. Ante as limitações inerentes ao intelecto humano, demanda-se um grau de especialização cada vez maior. É impossível exigir do médico que detenha conhecimento pleno de todas as áreas. Mas é possível exigir que conheça suas próprias limitações e aprenda a conviver com tais panoramas criados pelo progresso acelerado da técnica.

#### **1.4 O aumento vertiginoso da litigiosidade na relação médico-paciente**

Com o avanço da técnica, a perda da relação pessoal travada entre médico e paciente e o maior acesso à justiça, o crescimento de processos indenizatórios contra

---

<sup>56</sup> MORAES. Erro medico e a justiça (2003), p. 86.

<sup>57</sup> Reportagem veiculada no Jornal Bom dia Brasil, da TV Globo, edição do dia 16/12/2009. Dentre as questões pode-se citar: “Uma criança chega a um pronto-socorro com sintomas que podem ser de meningite. Que exame o médico deve fazer para ter certeza?” 64% dos alunos que fizeram a prova do Conselho Regional de Medicina de São Paulo não souberam responder a esta pergunta.

médicos se tornou uma dinâmica verificável em todo o mundo. Jornais e revistas têm constantemente divulgado histórias de indenizações recebidas por erro médico. À medida que a população se torna mais informada, maior tem sido a corrida ao judiciário.<sup>58</sup> Os processos têm crescido exponencialmente e os tribunais se encontram assoberbados com tamanho aumento de demandas que parece tornar-se exponencial.<sup>59</sup> Na feliz expressão de CAPPELLETTI, o exercício da jurisdição tem levado à nova concepção de “consumidores do direito e da justiça”.<sup>60</sup>

Entre 2002 e 2008, os processos judiciais por erro médico que chegaram ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro aumentaram 155%. Em 2002, foram 120 ações. Até o final de outubro de 2008 já eram 360 novos processos no ano.<sup>61</sup>

Em pesquisa realizada entre 04/01/1995 a 30/06/2001, em denúncias realizadas no Conselho Regional de Medicina brasileiro, dentre as especialidades médicas identificadas, a Ginecologia/Obstetrícia ocupou o primeiro lugar com 1128 casos; em 2º a Pediatria com 638, em 3º a Ortopedia com 562, em 4º a Medicina do Trabalho com 488, em 5º a Cirurgia Plástica com 462, em 6º a Oftalmologia com 390, em 7º a Psiquiatria com 233, em 8º a Cardiologia com 228; em 9º a Gastroenterologia com 172 e em 10º a Clínica médica com 159 casos.<sup>62</sup>

Nos Estados Unidos, até os anos 50, as ações de responsabilidade médica eram raras, mas entre 1950 até meados da década de 60 aumentaram fortemente, em um percentual de dois a cinco por cento ao ano. Desde então, o percentual de crescimento saltou rapidamente para quinze por cento ao ano.<sup>63</sup> Hoje, nesse país, praticamente todos os médicos são portadores de seguro contra indenizações milionárias, que em

---

<sup>58</sup> Preocupada com a contenção de demandas, a jurisprudência francesa tem entendido por bem utilizar-se de expressões (“*faute lourde*”, “*negligence grave*”, “*impéritie notire*”, “*impéritie grossière*”) que por vezes conferem a impressão de que somente a culpa grave é relevante em matéria de responsabilidade médica. Na realidade, a intenção tem sido tão somente não se ater a discussões científicas, campo em que não detém conhecimentos suficientes, considerando como relevante os fatos ilícitos e culposos inequívocos (Dias. Culpa médica [1995], p. 28).

<sup>59</sup> Cf. GALANTER. Reading the landscape of disputes: what we know and don’t know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society (1983-1984).

<sup>60</sup> CAPPELLETTI. Who watches the watchmen (1983), p. 2.

<sup>61</sup> Jornal da Associação Médica. Página 6, Dezembro 2008/Janeiro de 2009.

<sup>62</sup> Cf. MORAES. Erro médico e a justiça (2003), p. 520.

<sup>63</sup> PETERS; KROLL. *Anesthesiology and the law* (1983), p. 3.

geral, cobrem o valor de um milhão de dólares por processo e um máximo de 3 milhões pela vida toda do médico.<sup>64</sup>

A França registra, do mesmo modo, um aumento vertiginoso de processos contra médicos. De 35 casos em 1944, passaram a 123 em 1954, 254 em 1964, 338 em 1973, 1158 em 1980 e 2000 em 1988. PENNEAU constata, todavia, uma certa estabilização do processo, no seu entender, devido à constatação por parte da população de que as dificuldades probatórias e a morosidade da justiça tornam a empreitada processual menos vantajosa do que se esperava inicialmente, quando se rompeu a barreira da confiança nas técnicas terapêuticas e na capacidade e cuidado inerentes ao profissional.<sup>65</sup>

### **1.5 Constante tensão dialética entre a arte de curar e a arte de se defender**

O crescimento de processos cria inevitavelmente o sentimento de autopreservação. A preocupação em se tornar réu em futuro processo judicial divide espaço com aquela dedicada ao tratamento e extirpação do mal que aflige o paciente. No intuito de se assentar a imagem do devido cuidado da avaliação profissional prévia, pacientes são levados a uma bateria de exames desnecessários, desgastantes e por vezes até mesmo prejudiciais à saúde.<sup>66</sup>

De outro lado, o risco de se tornar alvo de ações indenizatórias tem levado médicos à preocupação maior de como evitar processos do que propriamente em desenvolver a medicina. É o que se convencionou chamar nos Estados Unidos de “*defensive medicine*”.<sup>67</sup> Uma ação judicial, ainda que ao final seja tida por improcedente, causa máculas permanentes no trabalho e reputação do médico. A presunção de inocência prostra-se no campo teórico e se revela na prática ilusória, visto que, no imaginário do homem comum, a simples instauração do processo se projeta como atestado de culpa. A confiança dos pacientes no médico, elemento

---

<sup>64</sup> PHELPS. Health economics (2003), p. 445.

<sup>65</sup> PENNEAU. La réforme de la responsabilité médicale : responsabilité ou assurance (1990), p. 526.

<sup>66</sup> Cf. KING JR. In Search of a standard of care for the medical profession: the accepted practice formula (1975), pp. 1251.

<sup>67</sup> PHELPS. Health Economics (2003), p. 443.

importante na terapia, e a imagem profissional, condutora do aviamento, se deterioram em meio ao desgastante processo de imputação de fatos reprováveis. O temor, que nasce como consequência do cenário que se apresenta em constante crescente, conduz a classe médica a enxergar nos pacientes possíveis autores de ações judiciais, maculando o necessário livre julgamento e perseguição da cura, que cedem espaço para a avaliação daquilo que melhor aparecerá aos olhos da justiça. Tratamentos agressivos, mas produtores, são evitados, pesquisas são retardadas e alternativas arriscadas necessárias como últimas tentativas sobre pacientes terminais são ignoradas.<sup>68</sup>

A medicina se torna preventiva e não pró-ativa. Preventiva, não na patologia, mas quanto a processos judiciais. A escolha do procedimento deixa de ser em função da cura e assume a função do resguardo de acusações futuras quanto a possíveis infringências da *lex artis*. Novas técnicas que se apresentam como possíveis alternativas são inibidas e é dada preferência aos procedimentos ortodoxos até então consagrados, diante da segurança de que, agindo assim, haverá pouco espaço para acusações de negligência, ainda que o procedimento mais inovador seja da íntima convicção do profissional a melhor opção.<sup>69</sup> Com isso, a relação médico-paciente se torna prejudicada, eivada de desconfiança e desejo de se proteger de um potencial inimigo, anulando o saudável sentimento de cuidado e solidariedade perante o sofrimento com que se apresenta o paciente.<sup>70</sup>

O desenvolvimento da ciência não pode se curvar à especulação do erro e ao desejo de enriquecimento. De outro lado, o exercício da atividade médica deve se pautar pelo aprimoramento da técnica e responsabilidade, como ensina JAKOBS:

“As garantias normativas que o Direito estabelece não têm como conteúdo que todos tentem evitar todos os danos possíveis – se assim fosse, produzir-se-ia uma paralisação imediata da vida social. Por isso é que se atribuem a determinadas pessoas – e não a todas as pessoas – que ocupem determinadas posições no contexto de interação, determinados encargos. É dizer, asseguram padrões pessoais, papéis que devem ser cumpridos.”<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> Malpractice and medical testimony (1963-1964), pp. 333-334.

<sup>69</sup> Cf. KING JR. In Search of a standard of care for the medical profession: the accepted practice formula (1975), pp. 1237 -1238.

<sup>70</sup> KEETON. Compensation for medical accidents(1972-1973), p. 598.

<sup>71</sup> JAKOBS. A imputação objetiva no Direito Penal (2000), p. 19.

O que JAKOBS chamará de “risco permitido” é a permissão de condutas que atendam à configuração da sociedade, à adequação social. Não se confunde com as causas de justificação. O risco permitido não soluciona uma colisão de bens que indique qual deve ser sacrificado, dentro da perspectiva de uma escala de valores, mas indica as hipóteses normais de interação, já que a sociedade não é um mecanismo para se garantir a proteção de bens, mas um contexto de interação.<sup>72</sup>

Na combinação da formação de competências, dos conhecimentos técnicos exigidos e das escolhas que deverão ser feitas, no exercício da profissão médica, surge o caráter artístico<sup>73</sup>. Impera entender não apenas o que o médico fez e como fez, como também o que deixou de fazer, quando lhe fora exigido. Em meio a tais fatores, de aparente objetividade, mesclam-se outros que devem ser identificados e considerados, como a resposta de cada organismo, peculiaridades da enfermidade, fatores psicológicos e psicossomáticos

O dever inerente à arte médica de fazer escolhas, dentre as diversas alternativas que se abrem nas técnicas, procedimentos e medicações a serem utilizadas, traz consigo grandes dificuldades e erros ocorrem, sem que necessariamente estejam acompanhados de negligência, levando a sérias debilidades ou mesmo à morte. A possibilidade de tais fatalidades estará presente na atividade diária de cada profissional. Nesse diapasão, se a comunidade médica for levada a desenvolver a insegurança de lhe serem imputadas as conseqüências das lesões geradas, de forma indiscriminada, o sistema legal não mais estará militando pelo aprimoramento do cuidado, mas obstando o desenvolvimento da medicina e a ousadia de escolhas mais arriscadas, ainda que sejam estas as aconselhadas, na perspectivas da maior possibilidade de êxito.<sup>74</sup> O Direito deve estar sensível a isso e dirigir suas políticas em resposta às necessidades de aprimoramento da técnica e adequado cumprimento do mister da arte de curar.

Ações judiciais aventureiras, oportunistas, ou mesmo simplesmente irresponsáveis devem ser desestimuladas. Isso é claro, não coibindo o exercício do direito constitucional de ação a todos assegurados, mas implementando técnicas de

---

<sup>72</sup> Cf. JAKOBS. A imputação objetiva no Direito Penal (2000), pp. 34-36.

<sup>73</sup> Arte, do latim *ars*, significando técnica e/ou habilidade.

<sup>74</sup> RUBSAMEN. Res ipsa loquitur in Califórnia Medical Malpractice Law (1961), p. 382.

apuração dos fatos que não se limitem à mera inversão do ônus da prova, permitindo que ações sejam interpostas, sem qualquer demonstração de circunstâncias que indiquem a existência do erro médico, fundando-se meramente em conjecturas e em eventual direito em afirmar e aguardar que o médico prove o contrário, ou seja, que demonstre a boa execução de seus deveres. Pensar que o velho brocardo da presunção de inocência, até que se prove o contrário, é confiável, é ignorar o poder do imaginário popular, que se guia pelo sensacionalismo midiático, pelo desejo em se apontar um culpado em toda fatalidade, pela ignorância dos princípios basilares do direito.<sup>75</sup> Ou ainda, nas palavras de quem, apologéticamente, defende sua classe, acentua a médica bioeticista LEINMAR MURR.<sup>76</sup>: “Como as decisões finais dos juízes não têm a mesma divulgação e impacto que as matérias que alegam abertura de processos por erro médico, permanece o prejuízo não só para a imagem do profissional médico em questão, mas também para o seu papel social – que a própria sociedade clama para que seja resgatado.”

## 1.6 Contextualização do erro médico

A função da norma é, segundo LARENZ, a de captar os diversos acontecimentos da vida, descrevê-los e organizá-los de forma a garantir o princípio da igualdade. Nesse sentido, o processo de tipificação servirá para garantir o tratamento igual de fatos considerados iguais em uma valoração do objeto jurídico tutelado. O tipo não terá a

---

<sup>75</sup> O médico NOVAH MORAES alerta para o problema gerado na divulgação de pretensos erros médicos: “Ninguém ou pelo menos muito raramente alguém vai à imprensa elogiar um médico que com extrema devoção salvou a vida de um paciente, mas com extrema rapidez qualquer familiar procura o jornal ou televisão para acusar um médico do mau resultado do tratamento de um de seus entes queridos. Estas, sem averiguar a veracidade dos fatos e geralmente a vida por notícias escandalosas falsas procura denegrir a imagem do médico e por extensão generalizada atinge toda a classe médica. O alarde negativo costuma ser cruel condenando o acusado, sem o mínimo direito à defesa, e quando averiguado o equívoco, o reparo da condenação moral e da imagem do médico resume-se a duas linhas no local mais obscuro do jornal. Raramente encontra-se jornal como um de Brasília que em manchetes da primeira página confirma ter errado e com a mesma ênfase repara o erro. Os demais esperam a condenação pela justiça para fazê-lo, mas tergiversam até o último momento. Conscientes dessa responsabilidade os Ombudsman dos jornais deveriam recomendar cursos de esclarecimentos rápidos para todos os jornalistas se inteirarem do assunto e não cometerem levemente equívocos irreparáveis para os médicos e alimentarem esperança vã para o leitor, dando guarita a queixas improcedentes sem antes fazer uma averiguação sumária mas correta do assunto.” (sic) In: *Erro médico e Justiça* (2003), p. 612.

<sup>76</sup> A inversão do ônus da prova na caracterização do erro médico pela legislação brasileira (2010), p. 40.



função de subsumir o fenômeno, mas de coordenar o processo de apreensão e tratamento jurídico do mesmo. O tipo não se limita a mero instrumento de aplicação da norma ou mesmo de constituição desta, mas terá um valor cognitivo, capaz de explicar, por exemplo, o processo causal por meio das regras de experiência da vida.<sup>77</sup> Nesse sentido, poder-se-á encontrar na chamada *lex artis*, ou seja, regras da arte profissional que apontam para a técnica adequada, a tipificação das condutas segundo a perícia e cuidado esperados. Ou ainda, podemos buscar, na mesma vertente, a tipificação daquilo que se convencionou chamar de erro médico ou má prática (*malpractice*).

Para que se possa falar em imputação de um erro médico, com consequente responsabilidade civil e dever de indenizar, a doutrina clássica tem identificado a necessidade da presença de quatro requisitos: a) que haja uma conduta (ativa ou omissiva) b) que em decorrência de tal conduta surja um dano; c) que entre a conduta e o dano se estabeleça um nexo de causalidade; d) que o fator juridicamente idôneo e relevante para a produção do resultado possa ser imputado ao autor da conduta, como conduta contrária ao dever de atuação que lhe é atribuído no caso concreto.<sup>78</sup>

A culpa médica revela-se por quatro vias: a) conduta anti-ética, no relacionamento com o paciente; b) omissão dos deveres de cuidado que lhe eram exigidos; c) negligência não própria do exercício da profissão em que qualquer pessoa poderá incorrer, d) conduta médica contrária à boa técnica, que se divide em duas vertentes, d1) quando em razão disso deixa de dar solução possível à moléstia a que se encontra acometido o paciente, ou b2) *iatrogenia* (*iatros*:médico; *genia*:origem), quando a própria ação do médico é a causa de determinado dano.

O erro pode ser encarado como ideia daquilo que é contrário à verdade e, assim, o falso pode ser tomado como verdadeiro ou, inversamente, o verdadeiro ser tomado como falso. Um exame pode ser falso, ao mostrar doença que o paciente não tem, ou pode ser falso, por não diagnosticar doença que tem. Assim, provocará dano

<sup>77</sup> Cf. LARENZ. Metodologia da Ciência do Direito (1983), pp.565-577.

<sup>78</sup> As ações de erro médico na sistemática do *common law*, requerem a prova dos seguintes elementos: 1) que o réu tinha o dever de proteger o paciente do dano que veio a sofrer; 2) a falha do médico em assim proceder; 3) o nexo causal amparado na lei, suficiente para conectar a conduta do médico com os danos sofridos; 4) danos indenizáveis. Cf. REISIG Jr. The loss of a chance theory in medical malpractice cases: an overview (1989), p. 1164.

moral o médico que, por não adotar o devido cuidado, enviar ao laboratório, para exame bacteriológico, secreção vaginal da paciente trocando, inadvertidamente, a etiqueta que recobre o invólucro contendo o material e assim provocando um falso positivo, com o que anuncia à paciente ser portadora de doença sexualmente transmissível. A responsabilidade decorrerá não do erro de diagnóstico, mas da falta de cuidado, ao anunciar à paciente, por inadvertência, algo que não corresponde à verdade.<sup>79</sup>

Podem-se identificar quatro momentos da ação médica em que o erro poderá ocorrer: 1) diagnóstico; 2) prognóstico; 3) tratamento; e, 4) alta médica. Nesse desenlace, destaca-se que a atividade médica não se restringe ao binômio médico-paciente, nem se torna completa com a definição do diagnóstico e a instituição de uma terapêutica. Um terceiro componente se soma, representado por um membro da família que apresenta laços afetivos ou por pessoas e instituição cujos interesses se situam no campo médico-trabalhista, pericial ou médico-legal (empresas, instituições previdenciárias, seguradoras ou o próprio poder judiciário). No desenvolvimento dessa interação, enquanto o paciente tem interesse direto na terapêutica que lhe restituirá o bem-estar perdido, o terceiro componente interessa-se, em primeiro lugar, pelo prognóstico, desejando saber se o caso é grave ou não, se determinará invalidez parcial ou total e aspectos desta natureza. O médico, por sua vez, preocupa-se com o diagnóstico, pois é com este que poderá atender corretamente as expectativas dos dois outros elementos da tríade.<sup>80</sup>

### **1.7 Aspectos difíceis da responsabilidade civil médica**

O corpo humano é um mistério em si só a ser revelado que, desde os primórdios da humanidade, tem desafiado a ciência. O tema da vida e morte percorreu civilizações em meio a preocupações biológicas, teológicas, sociais, éticas e jurídicas.

---

<sup>79</sup> MARTINS-COSTA. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia (2005), p. 119. Neste caso, além dos danos à paciente, poderá também propor ação indenizatória o marido ou companheiro em razão dos “danos à vida de relação”.

<sup>80</sup> PORTO. Semiologia médica (2001), p. 14.

As doenças, os acidentes, os atentados e outros agentes que militam contra a continuidade da vida, desafiam a ciência médica e, com ela, a atividade jurídica que vem a reboque. A etiologia, como o estudo das diversas causas de enfermidade física e psíquica, coexiste em meio aos mistérios da patogênese: mecanismos mediante os quais se desenvolve o processo doentio, com etiologias exógenas, provenientes do mundo externo, e endógenas, provenientes do interior do mesmo organismo. Juntamente à etiologia se relacionam diversas outras concausas que influenciam o desenvolvimento da doença ou do processo de cura como predisposições genéticas, congênitas, fatores ambientais, emocionais, etc. A atribuição do processo causal não depende apenas da análise da conduta humana, mas deve pesar essas diversas vertentes. Ao médico, ser humano participante dessa saga que percorre gerações, não se pode exigir o conhecimento pleno da etiologia, muito menos do grau de participação de cada processo desencadeador. Do mesmo modo, a mesma exigência não se poderá fazer do magistrado.

Como restou acentuado pelo Exmo Ministro João Otávio de Noronha em julgado do Superior Tribunal de Justiça brasileiro:

"Creio que as ações sustentadas em dano por erro médico encerram uma das hipóteses que mais angustiam o julgador, porquanto, excetuando-se os casos de erros grosseiros, em que facilmente é detectável a culpa do profissional, os outros raramente encerram hipóteses conclusivas sobre atuação desastrosa do profissional. A ciência médica não é exata, constituindo obrigação de meio e não de resultado. O médico trata de pessoas, cada qual um universo distinto, capaz de influir no resultado buscado. Ademais, reações orgânicas não são previsíveis, de forma que nem todo resultado infeliz advindo de uma cirurgia pode ser atribuído a erro médico."<sup>81</sup>

A exposição de motivos da Resolução 1627/2000 do Conselho Federal de Medicina brasileiro, ao tratar do objeto da atividade médica esclarece:

"A Medicina se pratica no vértice de duas complexidades inter-complementares, que podem ser esquematicamente dispostas nas seguintes categorias:

- a) a complexidade de seu objeto;
- b) a complexidade de seus recursos e dos métodos diagnósticos e terapêuticos que utiliza.

---

<sup>81</sup> REsp 605.435/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/09/2009, DJe 16/11/2009.

Quanto ao seu objeto, podem-se identificar outros níveis de complexidade, devendo-se destacar:

A1) a complexidade das enfermidades (enfermidades por danos negativos, enfermidades por danos positivos e enfermidades por danos sentidos);

A2) a complexidade dos seres humanos (como expressão mais completa dos fenômenos vivos de natureza biopsicossocial);

A3) a complexidade das interações possíveis entre estes dois estratos complementares da realidade, os enfermos e as enfermidades.”

Hoje, novos panoramas se abrem, o que traz novos desafios e o necessário estabelecimento de novos paradigmas. Ressaltam-se as interações provocadas no estado da técnica pelos estudos no DNA, as pesquisas com células-tronco, a criação de órgãos humanos artificiais, as substituições por próteses, as inseminações artificiais homólogas e heterólogas, a eutanásia, o aborto<sup>82</sup> e tantos outros procedimentos que têm levantado as mais diversas discussões no campo da técnica, da ética e em especial do Direito.

Os avanços da medicina transformam também a forma de se viver, tornando parte das preocupações e dos cuidados diários o acompanhamento dos progressos que por essa ciência são oferecidos. A automedicação é uma crescente, desafiando em contrapartida a corrida pela descoberta de novos medicamentos ante os riscos da popularização do uso indiscriminado de antibióticos. Os chamados medicamentos fitoterápicos ou o uso de vitaminas se tornaram em muitas famílias item ordinário da alimentação e das compras de supermercados. A apologia midiática do culto à estética desperta uma corrida, para muitos quase que compulsória, pela realização de cirurgias plásticas, a fim de se adequarem aos padrões aparentemente exigidos.

Ante os novos desafios de uma sociedade em constante mudança, transformada pelos avanços da ciência, pelo consumo, pelas tendências impostas pelo mercado e pelas inversões e regressões de paradigmas que se mesclam nessa

---

<sup>82</sup> Nos Estados Unidos, país em que é permitido o aborto, ações judiciais têm sido movidas diante da falta de diagnóstico médico sobre problemas congênitos ou de formação fetal, tolhendo a faculdade dos pais de optarem pelo aborto (*wrongful birth*). Do mesmo modo, os nascidos com deformidades têm pleiteado indenização por não desejarem ter nascido (*wrongful life*). Conferir a respeito: Keel v. Banach, 624 so. 2d 1022 (Ala. 1993); Turpin v. Sortini, 31 Cal. 3d 220 (1982); Curlender v. Bio-Science Laboratories, 106 Cal. App. 3d 811 (1980); Sheppard-Mobley v. King, 4 N.Y.3d 627, 797 N.Y.S.2d 403, 830 N.E.2d 301 (2005).

constante dinâmica, importa que sejam as lides dirimidas em sintonia com esse universo. De forma precisa, preleciona TARUFFO<sup>83</sup>:

“Assim como o juiz não é mais (admitindo-se que em algum tempo ele o haja realmente sido) a boca inanimada da lei teorizada por Montesquieu, nem um passivo aplicador de normas simples mediante deduções formais, ele não é mais (admitindo-se que em algum tempo ele o haja realmente sido) um passivo usuário de noções metajurídicas fornecidas *ready made* pela experiência coletiva, ou um elementar consumidor de regras e critérios dispostos de modo claro, completo e coerente no depósito constituído pelo senso comum. Em uma palavra: o juiz não tem mais à sua disposição uma imagem simples e ordenada do mundo, à qual possa reportar-se como pano-de-fundo de seus raciocínios.”

A exposição de motivos da Resolução 1627/2000 do Conselho Federal de Medicina brasileiro, que confere os contornos da profissão médica, termina por dizer que:

“Em quase todas as culturas passadas e presentes, os profissionais médicos foram reconhecidos como agentes sociais que exercem uma atividade necessária, difícil e responsável. À medicina foram atribuídas cinco funções sociais:

- a) a assistência aos enfermos;
- b) a pesquisa sobre as doenças e sobre os doentes;
- c) o ensino das matérias médicas;
- d) o exercício da perícia; e, mais recentemente;
- e) a supervisão das auditorias técnicas médicas.”

---

<sup>83</sup> Cf. TARUFFO. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz (2001), p. 118.

## CAPÍTULO 2

### CONTORNOS E PRESSUPOSTOS DA CONDUTA CULPOSA

#### 2.1 Definição dos limites da conduta culposa como reflexo do interesse social

A palavra culpa tem recebido diferentes sentidos, muitas vezes associada com culpabilidade e outras, com negligência. Etimologicamente as expressões “culpa” e “negligência” apresentam variações. A origem da palavra culpa (do latim culpa, ae) é mais obscura do que negligência, derivando do sânscrito *kulpha*, no sentido de enfermidade, mancha que se contrai pelo mal. Por sua vez, o termo negligência, derivado do vocábulo latino *neglegentia*, ae, tem primitivamente o significado de descuido, incúria, preguiça, cuja ação se estriba no verbo neglegere.

Os enunciados legislativos sobre fatos apoiam-se, na maioria das vezes, em regras da percepção humana. São juízos lógicos formulados com base na experiência que leva à dedução de certa situação conhecida. É o que ocorre ao se constatar a presença de um cão, após ouvir latidos e enxergar uma forma semelhante a correr de um lado a outro.<sup>84</sup> Dentre os juízos que não se baseiam na percepção, o de maior relevo é o da interpretação da conduta humana, em especial quando destinadas a produzir efeitos jurídicos. A interpretação das declarações jurídico-negociais basear-se-á em uma compreensão linguística, nas experiências sociais e em exigências jurídicas específicas.<sup>85</sup> Outro juízo de apreciação dos fatos é a máxima da experiência, depreendida da própria interação com o meio social, conferindo ao magistrado capacidade de atribuir certo significado a fatos que lhe são trazidos.<sup>86</sup>

A grande dificuldade surge com relação aos juízos de valor, quando o magistrado terá de conferir à conduta certas qualidades, como, por exemplo, considerá-la negligente ou de má fé. Nesse momento deverá selecionar circunstâncias que lhe pareçam essenciais que lhe possam conferir elementos de coerência e

---

<sup>84</sup> LARENZ. Metodologia da Ciência do Direito (2005), pp. 399-401.

<sup>85</sup> Idem, pp. 401-402.

<sup>86</sup> Idem, pp. 403-406.

uniformidade no julgamento. Isso não se fará por meio de um processo emotivo pessoal, mas com fundamento no próprio ordenamento jurídico vigente de maneira racional. É este que irá conferir as diretrizes. Não se poderá exigir o rigor de um raciocínio lógico ou físico, mas o esforço por fundamentação racional e, com base no ordenamento jurídico, deve ser buscado com as melhores aptidões do julgador.<sup>87</sup>

O desafio que se apresenta nessa problemática é a configuração do problema da culpa, do juízo de reprovação sobre as escolhas feitas pelo médico, diante de determinado cenário. Algumas situações revelarão a conduta desidiosa de forma patente, mas por certo essas serão exceção. O judiciário não detém os conhecimentos técnicos da medicina e não foi a ele a quem se conferiu o direito de cuidado e a relação de confiança. O risco inerente a toda intervenção no corpo humano acrescenta novo ingrediente que torna ainda mais tormentosa a definição dos parâmetros de conduta, diante da mensuração do risco que se era razoável esperar.

A responsabilização dos médicos assume caráter sociológico, expressa o ideal de reprovação social, possui fim essencialmente indenizatório e por vezes educativo, não sendo poucos os que defendem ainda a natureza punitiva. De outro lado, haverá influências macro, pois a política adotada pelo direito levará à tomada de riscos maiores ou menores, muitas vezes em prejuízo da evolução da ciência e dos tratamentos efetivamente hábeis a se atingir a cura.

A responsabilidade se torna o fator mediador entre a liberdade do médico de agir e a culpa existente, quando da violação do *dever-ser*. O profissional, ao agir, ao realizar suas escolhas, define os contornos de sua atuação e se encontra nesse momento com as conseqüências de tais escolhas. Pela responsabilidade imputa-se ao *ser-livre* o seu próprio comportamento, sua ação ou omissão. A responsabilidade terá qualificações de culpa e, portanto, com potencialidade de gerar o dever de indenizar, sempre que haja violação de determinações do *dever-ser* e que, como tal, já pertencem ao seu próprio *ser*.<sup>88</sup> O princípio da culpabilidade se modifica pela idéia de um dever típico de garantia da existência das capacidades típicas do grupo. Atrás dele

---

<sup>87</sup> Idem, pp. 406-413.

<sup>88</sup> Cf. DIAS. Liberdade e culpa Direito Penal (1983), p. 152.

se encontra o princípio da confiança, depositada não só pelo paciente na figura “sacerdotal” do médico, como por toda a sociedade.<sup>89</sup>

Segundo VON BURI, qualquer condição *sine qua non* é causa do evento. Mas, para responsabilizar-se alguém, não é suficiente ter objetivamente causado o evento. É necessário também que a vontade culpável do agente interfira em todo o desenvolvimento causal que tenha conduzido o evento danoso. Paralelo ao nexo de causalidade natural deve concorrer um nexo de vontade.<sup>90</sup>

Ao atribuir à responsabilidade a necessária conexão com a culpa, não se pode fazer o mesmo com relação ao ato ilícito. Nem toda responsabilidade civil é decorrente de atos ilícitos. Assim, a legítima defesa e o estado de necessidade excluem a ilicitude do ato. Entretanto, quando tais excludentes forem apenas putativas, afastarão a antijuridicidade penal, mas não a ilicitude civil, persistindo a responsabilidade.<sup>91</sup> Nesse mesmo diapasão surge a problemática das causas virtuais, que levariam ao mesmo infortúnio do negócio, não fosse a conduta do agente. Também o risco das atividades que, ao dar fundamento aos casos de responsabilidade objetiva, não exige a existência de um ato ilícito. A todas essas questões reservamos tratamento particularizado em capítulos à frente.

## 2.2 Desenvolvimento do parâmetro da culpa

Com o advento da *Lex Aquilia*<sup>92</sup> no Direito Romano, em meados do século II a.C, surge a consolidação de um modelo de responsabilidade mais estruturado, baseado na averiguação dos seguintes elementos: 1) dano (*damnum*); 2) do ilícito (*iniuria*), baseado em um modelo objetivo em que se pode excluir a antijuridicidade apenas em razão de alguma causa justificativa; 3) causalidade (*corpori et corpori*); e, 4) *aestimatio*,

<sup>89</sup> Cf. LARENZ. Derecho justo fundamentos de etica jurídica (1990), p. 116.

<sup>90</sup> Trimarchi. Causalità e danno (1967), p. 26

<sup>91</sup> Nesse sentido Superior Tribunal de Justiça brasileiro - REsp 513.891/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2007, DJ 16/04/2007 p. 181.

<sup>92</sup> Cf. FRANÇA. Responsabilidade aquiliana e suas Raízes (1988). A *lex Aquilia* se deu por meio de um plebiscito, que era formado por meio de proposta de tribunos da plebe e por esta deliberado, que, por força da *Lex Hortênsia*, de 287 a. C, tinha validade para todo o povo, inclusive para os patrícios.



que correspondia à forma de mensuração do valor da indenização.<sup>93</sup> Com a evolução da jurisprudência, a *iniuria* passou a ser constituída de dois elementos: um objetivo, caracterizado pela antijuridicidade, e outro subjetivo, qualificado como voluntariedade censurável (culpa). Apesar da culpa ter surgido dentro da *iniuria*, são conceitos diferentes, visto ser a primeira subjetiva e a segunda objetiva. Para a maior parte dos expositores<sup>94</sup>, com a Lex Aquilia, a culpa se firmou definitivamente como elemento essencial da responsabilidade aquiliana, tanto no Direito Romano como nos direitos contemporâneos.<sup>95</sup>

De início, a *Lex Aquilia* restou limitada aos danos inferidos *corpore corpori*, aplicável tão somente in factum. No Direito Justiniano alcançou sua maior amplitude para atingir qualquer espécie de dano extracontratual e mesmo *non corpori*.<sup>96</sup> O conceito de atos ilícitos reprimidos com as penas do *danum iniuria datum* foi alargado pela jurisprudência, com a concessão da *actionis legis Aquiliae utiles* ou de *actiones in factum* a hipóteses em que evento danoso não derivava de atos diretos do agente, bastando a simples omissão vinculada a ato anteriormente realizado pelo ofensor. Era o caso do médico que, após ter iniciado o tratamento do escravo, o abandonava, levando-o a óbito.<sup>97</sup> Outrossim, com Ulpiano, restou consignado: *sicut medico imputari eventus mortatis non debet: ita quod per imperitiam committit imputari ei debet*. (Digesto, Liv. I, Tít. XVIII, fr. 6, §7º) - "não se pode imputar ao médico o evento da morte, mas a ele é de se imputar o que a cometeu por imperícia".

A responsabilidade por danos não intencionais recebeu diversas designações, como culpa, negligência, imprudência, etc. De início o termo mais comum era *diligentia*, que frequentemente aparece no *corpus iuris*. Nas doutrinas posteriores, contudo, culpa passou a ser o termo técnico de uso comum para designar a falta do dever de cuidado com três diferentes níveis de exigência. O primeiro tipo é o de *culpa lata* (D. 50.16.213.2, D. 50.16.223 pr e D.22.6.9.2) ou *magna (nímia) neglegentia* (D.

<sup>93</sup> JUSTO. Lex aquilia (2006), p. 17-18. Cf. também BUSTAMANTE ALSINA. Teoría General de la responsabilidad civil (1997), pp. 34 e 35.

<sup>94</sup> Nesse sentido, aponta ALVINO LIMA: Girard, Gaston May, E. Cuq, Pirson et Villé, Contardo Ferrini, Ihering e Leonardo Colombo. Em sentido contrário, entendendo ter sido a culpa introduzida pouco a pouco de acordo com as necessidades sociais: Emílio Betti, Mario Cozzi e Frederico Pezella, in Culpa e Risco (1998), p. 23.

<sup>95</sup> Cfr Justo, op cit, pp. 22-23.

<sup>96</sup> SILVA. Responsabilidade sem culpa (1974), p 18.

<sup>97</sup> ALVES. A responsabilidade extracontratual e seu fundamento (2001), p. 190.

50.16.226), que exige que se preveja o que pessoas comuns poderiam prever. Na idade média será tratada de forma muito semelhante ao próprio dolo. O segundo tipo é a *culpa levis* (D.9.2.31), quando se espera que se preveja o que uma pessoa mais sensível poderia prever. Aceita-se que o homem médio poderia não prever. A terceira forma vem a ser a culpa levíssima, termo usado esporadicamente no *Corpus iuris*, em especial no escopo da *lex Aquilia* (D. 9.2.44 pr), cujo padrão de exigência é elevado, tendo como parâmetro o dever de cuidado esperado de um *pater familias*.<sup>98</sup> Esta tripartição valorativa do conceito de culpa poderá ser encontrada hoje em alguns códigos latino-americanos.<sup>99</sup>

No contexto da *lex aquilia* até mesmo a culpa levíssima seria suficiente para caracterizar a responsabilidade. No Direito canônico, todavia, a culpa levíssima passou a perder sua relevância, em especial com Inocêncio IV que permitia a redenção da responsabilidade pela simples confissão em casos de culpa levíssima. Não haveria uma lei natural que justificasse a responsabilidade por culpa levíssima. Dentre os teólogos morais dos séculos XV e XVI a matéria sempre foi controvertida. Baseado na Suma Theológica de Thomas de Aquino<sup>100</sup>, o papa Adriano VI definiu a necessidade de restituição, mesmo que amparada por mera culpa levíssima. Para o pontífice, o dever de restituir não se baseia no fato de alguém ter pecado, como alegava a doutrina

<sup>98</sup> HALLEBEEK. Negligence in medieval roman law (2001), p. 74-78.

<sup>99</sup> Artigo 44 do Código Civil Chileno: “La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.”

Também o Código Civil Peruano de 1936 definia em seu artigo 1267: “La culpa es lata, leve y levísima: lata es la que consiste en la omisión de aquellas precauciones o diligencias que están al alcance de los hombres menos cautos o avisados; leve, la omisión de las que un buen padre de familia toma ordinariamente en sus negocios, y levísima, la omisión de aquellos cuidados que solo pueden poner en sus asuntos los padres de familia más exactos y diligentes”.

<sup>100</sup> Thomas de Aquino definia a *acceptio iniuriosa* como uma ação em que alguém é privado de algo contra sua vontade. A julgar pelos exemplos dados de roubo, furto e assalto é provável que ele tivesse em mente apenas os casos de conduta intencional.

dominante, mas no fato de que a restituição de um dano causado a outro deve ser feita por aquele que causou, ainda que com culpa levíssima.<sup>101</sup>

Contudo, POSNER chama a atenção para o que lhe parece ser a perspectiva dominante dentre historiadores e acadêmicos, de que antes do século dezenove um homem poderia ser responsabilizado por um dano causado por acidente, sem se conferir grande relevância à verificação da existência de culpa. Foi com o desenvolvimento da filosofia individualista e, possivelmente, com a pressão do desenvolvimento industrial que o conceito de responsabilidade baseada na verificação da culpa ganhou contornos de relação de imperativa necessidade.<sup>102</sup>

Com o advento do Código de Napoleão a “*faute*” é expressamente consagrada no artigo 1382, como fórmula generalizadora que serviu de padrão para as legislações modernas<sup>103</sup>, obrigando a todo que, agindo com culpa, venha causar dano a outrem, a reparar o prejuízo: “*tout fait quelconque de l’homme, que cause à autrui um dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*” Em seguida o artigo 1383 fala da responsabilidade pela negligência e pela imprudência, estendendo a responsabilidade tanto para os atos comissivos como para os omissivos. Segundo PLANIOL, a *faute* do Direito Francês deve ser compreendida como a violação de uma obrigação preexistente, seja ela de agir seja de abstenção do ato.<sup>104</sup> A doutrina, todavia, tem estado dividida com relação à existência do elemento do ilícito dentro do conceito de *faute*. A ausência desse faria o conceito de culpa mais aberto, sem a catalogação de deveres previamente concebidos, o que se afastaria do conceito alemão, como veremos mais adiante.<sup>105</sup>

Ao final do século XIX surgem as primeiras teorias do *risco criado*, por meio de SALEILLES, JOSSEAN, ESMEIN, MERKEL, SAVATIER, DEMOGUE e outros, que buscaram adaptar o direito às novas realidades industriais e ao progresso que se instalou, compreendendo que em certas atividades, o risco criado é suficiente para justificar a responsabilidade pela ocorrência de um dano, sem necessidade de se averiguar a culpa. Não haveria

---

<sup>101</sup> DONDORP. Crime and punishment (2001), pp. 119-128.

<sup>102</sup> POSNER. *A theory of negligence* (1972), p. 30.

<sup>103</sup> LIMA. Culpa e risco (1998), p. 42.

<sup>104</sup> PLANIOL. *Traité élémentaire de Droit civil* (1947), pp. 323-325.

<sup>105</sup> Cf. CORDEIRO. Da responsabilidade dos administradores das sociedades comerciais (1997), pp. 438-445.

grau de culpa e nem sequer diferença axiológica entre quem comete um ato intencionalmente e outro que se omite no dever de cuidado.<sup>106</sup>

Doutrinadores e jurisprudência passaram então a um processo de alargamento do conceito de culpa, seja na facilitação de sua prova, seja no reconhecimento de presunções de culpa, seja na extensão de seu conceito.<sup>107</sup>

### 2.3 Reprovabilidade da conduta

Segundo DE CULPIS, a culpa é um estado de ânimo que, em relação a um determinado dano, será tido como reprovável, estado contrário ao do indivíduo disposto a evitar os efeitos perniciosos do dano. Normalmente, a culpa é posta em correlação com a antijuridicidade, sendo precisamente considerada como um estado de ânimo que integra psicologicamente o fato antijurídico, assume caráter de contrariedade ao direito.<sup>108</sup>

A violação voluntária de uma norma jurídica possibilita a execução de dois juízos de valor: um sobre o caráter anti-social do ato ou do seu resultado e outro sobre a dimensão ético-jurídica.<sup>109</sup> O grau de reprovação ou censura será maior na proporção da possibilidade da pessoa ter agido de outro modo, e mais intenso o dever de o ter feito.<sup>110</sup> Como bem preleciona ASCENSÃO, “pode assim um facto ser ilícito, porque merecedor de objetiva reprovação por parte da ordem jurídica, sem que o seu autor seja culpado, por não se encontrar o desvalor pessoal em que consiste a culpa.”<sup>111</sup>

Dentre as teorias que procuram explicar os fundamentos de responsabilização dos atos culposos, a reprovabilidade da conduta toma maior expressão na teoria do defeito de apreciação do bem jurídico, que tem em EXNER seu principal adepto, o qual

<sup>106</sup> TRUJILLO. Nociones de responsabilidad civil (1957), pp. 9-10.

<sup>107</sup> Cf. LIMA. Culpa e Risco (1998), p. 70.

<sup>108</sup> DE CULPIS. Il danno (1979), p. 140.

<sup>109</sup> JORGE. Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil (1995), p. 67

<sup>110</sup> VARELA. Das obrigações em geral (1998), p. 594. Cfr também BUSTAMANTE ALSINA. Teoría General de la responsabilidad civil (1997) p. 338.

<sup>111</sup> ASCENSÃO. A teoria finalista e o ilícito civil (1981/1986), p. 83.

concebe a culpa dentro de uma valoração dos objetos, consistindo em uma falta de interesse na defesa do bem jurídico protegido pela norma.<sup>112</sup>

Diante disso, tem se argumentado que o conceito de ilicitude restou esvaziado e que é desnecessário, porque os direitos subjetivos, quando violados, são a razão simples e única da existência do direito à indenização. Além disso, condena-se a possível assunção de um papel repressor e sancionatório por parte do Direito civil.

Contudo, importa frisar que, a despeito da resistência de adoção das *punitive damages* nos sistemas jurídicos de tradição romanística (*civil law*) não se pode negar que o direito civil tem assumido uma ponderação da culpabilidade, quando permite a diminuição da indenização nos casos de baixo grau de culpa (art. 494º do Código Civil português e 944 do Código Civil brasileiro) ou quando da participação culposa do lesado (art. 945 do Código Civil brasileiro e 570 do Código Civil português). Isso não quer dizer que o Direito civil tenha perdido seu caráter reparatório, pois, como foi dito, a extrapolação do valor do dano como caráter punitivo da conduta (*punitive damages*) não foi recepcionado fora do sistema da *commom law* (no ordenamento português há algumas exceções como nos arts. 442 e 806, 1). Em verdade a compreensão da ilicitude como separada da culpabilidade e dentro de seu elemento anímico parece, de fato, se traduzir como o caminho para a definição do responsável ou da averiguação das parcelas de responsabilidade daqueles que concorreram para o evento danoso.<sup>113</sup>

No intrincado problema da responsabilização médica por eventuais insucessos dos procedimentos adotados, encontra-se o dilema sempre presente de que uma excessiva tutela sobre o afastamento das regras tradicionais de conduta poderá apresentar-se como grande repressora do avanço da medicina, do progresso da técnica. Somem-se a isso as particularidades apresentadas por cada organismo que impedem uma perfeita previsão da reação que terá diante do tratamento proposto.

Por tais razões, na consideração da reprovabilidade da conduta, o Código Civil italiano prevê oportuno tratamento diferenciado para a imputação da responsabilidade do profissional liberal que atue em área de especial dificuldade,

---

<sup>112</sup> TAVARES. Teoria do crime culposo (2009), p. 21.

<sup>113</sup> Cf. FARIA. Direito das Obrigações (1990), pp. 425-428.

como é o caso do médico diante das inúmeras variáveis apresentadas pelo corpo humano, em sua interação com a enfermidade e com o tratamento:

Art. 2236 Responsabilità del prestatore d'opera

Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave (1176).<sup>114</sup>

BONVICINI esclarece que o conceito de culpa grave tem se postado controverso. Há quem equipare ao dolo, presumindo uma previsibilidade concreta (dolo eventual) do resultado, ainda que este não seja perseguido.<sup>115</sup> Outros porão acento sobre a vontade do sujeito, em que a culpa, para ser grave, deve ser animada pela má fé ou representação do perigo sobre o bem jurídico (falta inescusável), de forma a identificá-la com a culpa consciente.<sup>116</sup> Haverá também quem gradue a culpa de acordo com uma especial qualificação de negligência ou de imprudência (*gross negligence*), que cobrirá tanto o ato consciente deliberado, como o ato sem resguardo das consequências.<sup>117</sup> Para BONVICINI, não é relevante o descuido que se desvia daquilo que poderia ser exigido no critério do “bom pai de família” (homem médio), mas sim quando a consciência social considera haver forte alteração dos deveres particulares de proteção, conferidos ao profissional no exercício de sua função, que limita a responsabilidade, ao escusá-lo de responder a título de mera culpa, impropriamente definida como leve, em contraposição à culpa grave.<sup>118</sup>

Segundo FORCCHIELLI, a norma reporta-se à jurisprudência italiana e também francesa, pelas quais o erro do profissional, em especial do médico, era tido como fonte limitada de responsabilidade, para casos de evidente falta grosseira e imperdoável, de onde se denotava uma defesa um tanto corporativista. Por outro

<sup>114</sup> Em tradução livre: “Responsabilidade do prestador de serviço. Se a prestação implica solução de problema técnico de especial dificuldade, o prestador do serviço não responde pelo dano, se não em caso de dolo ou de culpa grave”

<sup>115</sup> CIAN. Antijudicità e colpevolezza. Padova (1966), p. 180. Apud BONVICINI. La responsabilità civile (1971), pp. 752-753.

<sup>116</sup> Nesse sentido: Lalou. La gamme des fautes, in Dalloz Helb (1940), p. 17 e ss; Savatier> Traité de la responsabilité civile, p. 221, Altavilla, la colpa, vol. I, p. 66. Apud BONVICINI. La responsabilità civile (1971), p. 753.

<sup>117</sup> JOSSERAND. La renaissance de la faute lourde sur le signe de la profession (1939), p. 22; RITTER, Das Recht der Seeverversicherung, Hamburg, 1953, I, p. 567; ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. In Lehrbuch des bürgerlichem Recht di Enneccerus-Kipp Wolf, Turbingen, 1960, I, 2, p. 143; HALBURY. Law of England, London, 1953, voce carriers, IV, p. 157. Apud BONVICINI. La responsabilità civile (1971), p. 754.

<sup>118</sup> BONVICINI. La responsabilità civile (1971), p. 756.

lado, o que se observa da principiologia do artigo 2236 é que não se deseja desencorajar o profissional, e esse não é um discurso que deva ser desprezado, visto que o profissional médico deve ser estimulado a tomar ações arriscadas na busca da cura.<sup>119</sup>

Com a decisão da consulta de 22 de novembro de 1973 n. 166, a jurisprudência italiana tem constantemente afirmado que a limitação prevista no artigo 2236 do Código Civil, concernente ao prestador de serviços intelectuais, de responsabilizar apenas pela culpa grave, configurada na falta de aplicação dos conhecimentos gerais e fundamentais atinentes à profissão, é aplicável no que toca à modalidade de imperícia e apenas para os casos de prestações particularmente difíceis. Não é possível, de outro lado, afastar, mesmo nos caso de particular dificuldade, a obrigação de agir com a diligência profissional esperada do médico, que é um devedor qualificado, nos termos do artigo 1176, segunda parte do Código Italiano. Assim, mesmo nos casos de particular dificuldade, deverá responder até mesmo pela culpa leve.<sup>120</sup>

## 2.4 Previsibilidade do resultado danoso como pressuposto da culpa

A teoria da previsibilidade tem suas origens no Direito Romano, cunhada na expressão de Paulo: *“culpa est quod, cum a diligente provideri poterit non esset provisum aut tum denuntiatio esset, quum periculum evitare non possit”* (Paulus, 1.31 ad leg Aquil. 9,2.), “há culpa quando, podendo-se avisar alguém por pessoa diligente, não se avisou ou avisou quando o perigo não podia ser evitado”. A culpa, nessa primeira concepção, consistiria na falta de precisão do previsível ou na precisão do resultado, sem incluí-lo no processo volitivo. A concepção é futuramente aperfeiçoada pela chamada teoria da prevenibilidade, atribuída a BRUSSA,<sup>121</sup> que resume a idéia de culpa, quando o fato seja objetivamente possível de ser evitado. A infração do dever de prever o resultado, será explicada pela teoria do vício de inteligência, que tem suas origens na formulação dos pós-glossadores, na definição de

<sup>119</sup> FORCHIELLI. Responsabilità civile (1970), p. 94.

<sup>120</sup> Cass. 5 luglio 2004, n. 12273.

<sup>121</sup> BRUSSA. Saggio di una generale del reato. Torino: Uni-Torino, 1884, p. 90, apud TAVARES. Teoria do crime culposo (2009), p. 20.

culpa lata como “cujus finis est non intelligere, quod omnes intelligunt”, e com maior expressão em CARRARA, que a utilizou para fundamentar sua clássica definição de culpa: omissão voluntária de diligência no calcular as consequências possíveis e previsíveis do próprio fato”. Ressalva o autor que, embora haja nos fatos culposos um vício do intelecto, é desse que origina a ação, de modo que fora por vício da vontade que não utilizara a reflexão necessária, para esclarecer sobre as consequências da ação.<sup>122</sup>

O dever de diligência poderá variar em razão das circunstâncias.<sup>123</sup> Assim, é claro que se exige um dever de cuidado maior de um ortopedista de plantão em uma cirurgia de fratura exposta de fêmur, do que se faria com um clínico geral de plantão na urgência e inexistência de um ortopedista. Também, cirurgias de maior complexidade e risco apresentam maiores exigências. Deve-se ainda tomar em conta o grau de utilidade e necessidade que tem o credor sobre a coisa.<sup>124</sup> É o caso de uma cirurgia nas mãos de um pianista, que por certo terá maiores prejuízos na eventualidade de perda de movimentos delicados do que teria um contador. Tal afirmativa não coaduna com a idéia de que é possível ao médico agir com menor atenção no cuidado das mãos de um contador, mas que a mensuração dos riscos que assume perante o benefício que persegue, deve ser pautada pelas consequências adversas que tal risco representará ao paciente em concreto. Em todas essas variáveis, deve-se ter como diretriz que todo dever de conduta só poderá ser exigível, na medida da previsibilidade da possibilidade de um dano.<sup>125</sup>

O médico responderá tanto pelas consequências mediatas, como pelas imediatas de seu agir, desde que previsíveis. A responsabilidade existirá não apenas quando seu atuar seja causa do dano, mas também quando sua inação permitir que a enfermidade produza um dano que, sendo previsível, poderia ter sido evitado por uma ação que lhe era exigível.<sup>126</sup>

<sup>122</sup> Cf. TAVARES. Teoria do crime culposo (2009), pp. 19-21.

<sup>123</sup> Esta é a orientação clara do Código Civil Argentino: “Art. 512 – La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.”

<sup>124</sup> JORGE. Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil (1995), pp. 79-81.

<sup>125</sup> Idem, pp. 85-87.

<sup>126</sup> LORENZETTI. Responsabilidad civil de los médicos, tomo 2, p. 130.



MAZEAUD e MAZEAUD posicionam-se no sentido de que a previsibilidade de dano não precisa necessariamente coincidir com o resultado concreto da conduta. Havendo previsibilidade de dano e conduta reprovável, pouco importa que o resultado tenha sido o mesmo ou outro, diverso daquele que se podia prever ou de fato previsto. Ainda que o dano seja diverso do previsto e a consequência da conduta seja outra, que não a possível de previsão, a responsabilidade permanecerá. Basta, portanto, que haja uma previsibilidade de dano e que um dano tenha ocorrido.<sup>127</sup> Percebe-se em tal pensamento clara perspectiva punitiva, em detrimento de uma reparação civil do dano que ao agente pode ser imputado, o que aponta não ser esta a melhor posição. Nos países de tradição civilista, em que os chamados danos punitivos (*punitive damages*) não são acolhidos, é necessário que o dano tenha como causa uma ação ou omissão do agente de quem se exige a previsibilidade do resultado, a fim de se verificar a culpa necessária ao processo de imputação. Somente haverá responsabilidade, se houver necessária previsibilidade quanto ao evento danoso concretizado e somente quando poderia ter sido evitado.

Segundo o critério da prognose póstuma objetiva, dádiva conferida pela teoria da causalidade adequada, a probabilidade deve estar fundada sobre todas as circunstâncias do caso concreto existentes, no momento da ação, e todas aquelas pelas quais, com base no conhecimento médio, se poderia prever o evento danoso.<sup>128</sup>

SAVATIER considera três elementos como necessários à apreciação da previsibilidade: 1) o nexo lógico do evento danoso; 2) o número limitado de graus de causalidade; e 3) a gravidade da reprovabilidade da culpa. O mais importante destes é o nexo de logicidade. Ainda que haja um número considerável de graus de causalidade, importa verificar se é possível atribuir-se a logicidade da continuidade do evento, a ponto de se constatar a continuidade dos efeitos da causa inicial para a produção do resultado final. Para o autor, não pode o agente responder infinitamente pelas consequências que seguirem o início de sua ação. O médico deverá responder pela infecção causada por sua negligência no paciente, mas não quanto à contaminação da mesma bactéria contraída por pessoas que conviveram, em seguida,

---

<sup>127</sup> MAZEAUD; MAZEAUD. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile* (1932), p. 350.

<sup>128</sup> TRIMARCHI. *Causalità e danno* (1967), p. 35.

com o paciente. Deve-se ter em conta as precauções que tais pessoas e o próprio paciente deverão tomar, para evitar o contágio. Finalmente, deve haver maior reprovação sobre as faltas pesadas em detrimento das leves, sendo tal elemento pesado paralelamente ao montante do dano, no momento da mensuração do valor indenizatório.<sup>129</sup> Daí já se retira a íntima e intrincada relação entre culpabilidade e nexo de imputação.

O Código Civil italiano, expressamente, limita a responsabilidade civil aos casos em que se possa prever o dano (art. 1225 do Código Civil)<sup>130</sup>, excluindo o dever de indenizar as situações em que não poderia ter sido previsto. Embora a jurisprudência italiana, nas poucas ocasiões em que enfrentou o tema, tenda a considerar de pequeno relevo o referido dispositivo, se aplicado de forma coerente, deverá conduzir à exclusão do ressarcimento de danos por morte do paciente, em todos os casos em que seja estatisticamente rara a circunstância (e, portanto, imprevisível). A posição oposta é radical: qualquer tratamento ou intervenção pode ser fatal ou gravemente incapacitante e, portanto, não há de se falar em imprevisibilidade. Para ZENO-ZENCOVICH a solução se encontra na compreensão da posição moderna de combinar os benefícios da responsabilidade aquiliana com a contratual, como se verá mais adiante.<sup>131</sup>

Uma nova roupagem à exigência de previsibilidade para a formação da culpa tem sido conferida pela teoria da lição adquirida (*theory of the learned lesson*). Nos Estados Unidos tem crescido o entendimento de que situações em que, em tese, não se poderia atribuir a devida previsão do resultado para a imputação de culpa, poderá haver ainda assim a exigência, quando situações pretéritas tenham tido o potencial de “ensinar a lição”. O intuito é evitar eventos lesivos semelhantes e conferir a um acidente passado o poder de aprendizado, para que não se cometa o mesmo erro novamente, criando-se um dever de evitar o resultado. No caso *Mackey v. Allen*<sup>132</sup> uma clínica estava instalada em um edifício com duas portas de entrada. Uma

<sup>129</sup> SAVATIER. *Traité de la responsabilité civile*, t. II (1951), pp. 25-27.

<sup>130</sup> “Art. 1225 – Prevedibilità del danno. Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione.” Em tradução livre: “Previsibilidade de dano. Se o inadimplemento ou mora não decorrem de dolo do devedor, o ressarcimento é limitado ao dano que poderia ter sido previsto no tempo em que a obrigação tenha sido constituída.”

<sup>131</sup> ZENO-ZENCOVICH. *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento* (2008), p. 316.

<sup>132</sup> 396 S.W. 2d 55 (Ky. 1965).

conduzia à clínica e outra a um depósito. Algumas semanas antes do evento danoso em questão, uma senhora, tentando entrar na clínica, ingressou pela porta errada e caiu das escadas do depósito. Nesse caso, o proprietário da clínica “aprendendo com o evento” deveria ter providenciado um sinal, junto à porta, que alertasse para o risco, mas, tendo sido negligente em tal dever, permitiu que uma outra pessoa padecesse do mesmo engano e se acidentasse.<sup>133</sup>

## **2.5 Previsibilidade do resultado e culpa consciente**

As situações mais corriqueiras de ato ilícito culposo ocorrem quando o agente nem sequer chega a conceber a possibilidade de o fato danoso vir a ocorrer como resultado de sua conduta. É o caso do agricultor que lança fogo em sua plantação, atingindo seara alheia; do condutor que atravessa o sinal vermelho e acaba por abalroar veículo que atravessava o cruzamento, assim como do médico que deixa de checar antecedentes alérgicos do paciente, ministrando-lhe medicação que acaba por lhe ser letal. Por outro lado, se o agente prevê a produção do fato ilícito como possível, mas por leviandade, incúria, desleixo ou precipitação acredita que esse não irá se verificar, e por isso não toma as providências necessárias para evitar o resultado danoso, haverá culpa consciente.<sup>134</sup>

Note-se que, no exemplo do condutor que atravessa inadvertidamente o sinal vermelho e se choca com outro veículo que passava pelo cruzamento, haverá culpa inconsciente, apenas se, por desatenção, violou o dever de parar. Se de outro lado, verificou que o semáforo o impedia de prosseguir e ainda assim o fez, esperando que nada viesse a ocorrer, haverá culpa consciente. Assim também é o caso do médico que não acompanha a evolução do paciente no pós-operatório, deixando de realizar cuidados que poderiam minorar os conseqüentes efeitos que este, futuramente, vem apresentar.

Discute-se se a culpa consciente deve ser encarada como um erro de conduta ou uma deficiência da vontade, ou seja, se o estado psíquico concerne à inteligência ou

---

<sup>133</sup> GRADY. *Res Ipsa Loquitur* (1994), pp. 904-905.

<sup>134</sup> VARELA. *Das obrigações em geral* (1998), pp. 593-594.

à vontade. Alguns autores inclinam-se a dizer que poderá haver culpa, ainda que o agente desenvolva um esforço de vontade, para não causar qualquer dano. Assim, o médico não habilitado para determinada cirurgia que a realiza, com todo o esforço de vontade em fazê-la bem, não deixa de atuar culposamente, apesar de despender um esforço extraordinário para cumprir sua tarefa. A culpa estaria não na falta de vontade, mas no erro de procedimento, com sede psicológica na inteligência. Há, também, quem defenda que a culpa se encontra no plano da liberdade psicológica, ou seja, com sede na vontade. O que se censuraria no exemplo apontado é a escolha em ter assumido atividade que não era habilitado a realizar.<sup>135</sup>

O critério seguido ordinariamente pela doutrina e jurisprudência, para averiguação da existência de culpa consciente ou em contrapartida de dolo eventual, é o de se indagar se o agente tivesse previsto o fato ilícito, não como mera possibilidade, mas como efeito necessário de sua conduta, se teria se absterido de agir ou não.<sup>136</sup>

## **2.6 Culpa e construção do conceito de ato ilícito**

Ao conceito de ilicitude confrontam-se duas correntes: a corrente objetivista, de origem alemã, e a subjetivista, de raízes italianas. Para a primeira, o que interessa é averiguar se a conduta foi contrária à norma jurídica, sem se perscrutar sobre a vontade que motivou o ato. É irrelevante perscrutar se há um ânimo reprovável do agente causador do dano; o que deve existir para a imputação é a “objetiva contrariedade do comportamento esperado de acordo com o modelo objetivo de pessoa disposta a evitar danos a terceiros com sua própria atuação”.<sup>137</sup>

Já a corrente subjetivista não ignora o elemento objetivo, mas exige que, de outro lado, se averigüe a consciência do ato, da capacidade de querer e prever suas

---

<sup>135</sup> JORGE. Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil (1995), p. 314.

<sup>136</sup> VARELA. Das obrigações em geral (1998), p. 591. Na culpa consciente há não apenas uma previsibilidade do resultado, mas uma previsão, mas que o agente acredita e espera não ocorrer. No dolo eventual há uma representação do dano, sem qualquer direção da conduta, para que o evento não ocorra.

<sup>137</sup> CORSARO. Culpa y responsabilidad civil: La evolución del sistema italiano (2000), p. 158.

consequências.<sup>138</sup> Resta inserido no conceito de ilicitude a reprovabilidade da conduta, a valoração do agir humano diante da norma. Ilicitude, portanto, se configuraria na relação de contrariedade entre o ato do homem e a lei.<sup>139</sup>

Sob bases semelhantes, discute-se se esse juízo de desvalor se refere ao comportamento do agente (teoria do desvalor do fato) ou se, pelo contrário, incide sobre o próprio resultado (teoria do desvalor do resultado). Enquanto perdurou como de maior aceitação a teoria da ação causal, a teoria do desvalor do resultado teve predominância, ao defender que o desvalor do resultado causado pela ação preenche logo o requisito da ilicitude. Essa concepção não pôde perseverar, na medida em que considerava ilícita conduta perfeitamente enquadrada nos padrões de conduta esperados, segundo as regras sociais. Em seu lugar, foi proposto um conceito de ilicitude assente no desvalor do fato, de ponderação da conduta de maior aceitação doutrinária hoje. De acordo com a teoria finalista, a ilicitude é avaliada na verificação da contrariedade ao ordenamento jurídico do fim perseguido pelo agente (intenção de praticar o ato no ilícito doloso ou violação do dever objetivo de cuidado no ilícito culposo). Não há, portanto, ilicitude quando a conduta do agente não perseguir qualquer fim proibido pela lei, ainda que apresente uma lesão a bem jurídico.<sup>140</sup>

AGUIAR DIAS, valendo-se de LALOU e PLANIOL, identifica três categorias de atos ilícitos: a) contra a honestidade; b) excessivos; e, c) contra a habilidade. Os primeiros são tanto os delitos penais, como os que traduzem deslealdade, ainda que não tipificados penalmente, como a fraude contra credores, simulação de falência, colaboração na simulação de força maior, etc. Na classe dos atos excessivos estará o abuso de direito, que se configura como um extrapolamento do exercício do direito. Finalmente, dentre os atos contrários à habilidade, encontram-se os erros profissionais por falta de prudência e diligência, que são aqueles que, propriamente, interessam a essa obra.<sup>141</sup>

O Código Civil alemão de 1896, em seu parágrafo 823, fala em atos que lesariam bens jurídicos alheios “antijuridicamente”. Na mesma direção é o Código

---

<sup>138</sup> Cf. LIMA. Culpa e risco (1998), pp. 61-68.

<sup>139</sup> ORGAZ, op. cit, p. 18.

<sup>140</sup> LEITÃO. Direito das obrigações (2005), p. 275.

<sup>141</sup> DIAS. Da responsabilidade civil (1954), pp. 406-407.

Suíço em seu artigo 41. Já o código italiano, em seu artigo 2043, falará em dano “injusto”.

O Código Civil português alinha-se ao modelo objetivista alemão, mas opta por apontar a necessidade da presença de culpa, sem, contudo, conceituá-la, deixando a averiguação do ato anímico para momento posterior. Assim, define o ato ilícito, em seu artigo 483, na seguinte fórmula: “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios, fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.”<sup>142</sup>

Já o Código Civil brasileiro, inspirado no diploma italiano<sup>143</sup>, traz para o conceito do ilícito a própria culpa, integrando o elemento anímico à reprovabilidade objetiva do

---

<sup>142</sup> Em acórdão bastante elucidativo, leciona o Supremo Tribunal de Justiça português: “Hospital - Médico - Acto médico - Dano - Responsabilidade hospitalar - Responsabilidade médica - Responsabilidade extracontratual - Ilícitude - Culpa - Nexos de causalidade - Lesante - Obrigações de meios e de resultado - *Leges artis*. I - A ilicitude consiste na reprovação da conduta do agente no plano geral e abstracto da lei, enquanto a culpa se reporta a um comportamento concreto. Segundo o n.º 1 do art. 483.º do CC, a ilicitude pode revestir duas formas: a) a violação de um direito de outrem - direitos absolutos, direitos reais, de personalidade, de autor - ou, b) a violação de lei que protege interesses alheios, de leis que conferem um direito subjectivo a essa tutela - leis penais, de trânsito, de certas actividades como a construção civil, electricidade, elevadores cuja porta se abre, sem que o elevador esteja nesse patamar, leis administrativas - que visam principalmente a protecção de interesses colectivos, a saúde pública, mas não deixam, também, de atender aos interesses particulares de indivíduos ou de grupos e visam prevenir o simples perigo de dano, em abstracto. II - No caso *sub judice*, do acto da ré - realização de um parto - resultou a violação de um direito absoluto do autor integrado na sua personalidade e consistente no direito à sua integridade física - art. 70.º, n.º 1, do CC, e art. 25.º da Constituição. Daí que a ilicitude se verifique, pois foi a integridade física do autor que ficou violada. III - Já a culpa ou nexos de imputação do facto ao lesante verifica-se quando este, sendo imputável, no caso concreto podia e devia ter agido de modo diverso. A imputabilidade é a capacidade de entender e de querer. Há assim de se estabelecer um nexos psicológico entre o facto e a vontade do lesante, e que esse nexos seja passível de um juízo de censura. IV - Sendo a prova da verificação do pressuposto culpa encargo do autor - arts. 342.º, n.º 1, e 483.º, n.º 2, do CC -, tinha este de provar a verificação daquele pressuposto. V - A prestação de serviços médicos traduz-se numa obrigação de meios e não de resultado. VI - Neste tipo de obrigações, o médico não responde pelo resultado, mas pela omissão ou pela inadequação dos meios utilizados aos fins correspondentes à prestação devida em função do serviço que se propôs prestar. VII - Não estando em causa a prestação de um resultado, quando se invoca o cumprimento defeituoso é necessário provar a desconformidade objectiva entre o acto prestado e as *leges artis*, só depois funcionando a presunção de culpa a ilidir mediante a prova de que a desconformidade não se deveu a culpa do agente, dado que o que se presume é a culpa do cumprimento defeituoso, mas não o cumprimento defeituoso em si mesmo. VIII - Desta forma, teria o autor de alegar e provar, para este efeito, que a intervenção dos agentes da ré - equipa médica que realizou o parto - omitiu os actos adequados à obtenção do resultado, ou os realizou de forma deficiente ou errada e por tal ter acontecido se produziu o dano, ou seja, que este se não verificaria se outro fosse o acto médico efectivamente praticado (16-06-2009 - Revista n.º 287/09.3YFLSB - 6.ª Secção - João Camilo (Relator), Fonseca Ramos e Cardoso de Albuquerque).

<sup>143</sup> Art. 2043 Rissarcimento per fatto illecito – Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”.

ato. Preleciona o artigo 186 do diploma brasileiro: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

No sistema brasileiro, aos moldes subjetivistas, que insere no conceito de ato ilícito a reprovação da conduta<sup>144</sup>, há clara confusão entre ilicitude e culpabilidade. Ainda que se preserve a autonomia de ambos os conceitos, torna-se impossível separar reprovabilidade da conduta da ilicitude, visto que a primeira é elemento essencial da segunda. Em razão disso, CARREIRA ALVIM prefere relacionar o erro médico - ao que denomina “fato social” e não a fato ilícito e aponta para tanto duas razões. Primeiro, porque a ilicitude só ocorre, quando a ordem jurídica censura o comportamento que lhe dá causa, impondo ao agente alguma sanção (penal ou civil), o que exige a comprovação do nexo causal. Segundo, porque nem só o fato ilícito obriga a indenizar, mas também, por vezes, o ato lícito, em especial quando não tenha o agente contribuído para a situação de risco, como é o caso do estado de necessidade, que, embora exclua a ilicitude, obriga à reparação do prejuízo a quem o tenha provocado.<sup>145</sup> Para fins de preservação conceitual, entendemos que a mera verificação da contrariedade ao ordenamento jurídico, capaz de gerar danos a direitos ou interesses juridicamente tutelados, deve ser tomada como antijuridicidade. Esta representa a ilicitude, despida do reproche.<sup>146</sup>

Assim, paralelamente ao ato ilícito, surge a antijuridicidade que diz respeito a um fato humano ou natural de natureza objetiva, capaz de ofender direitos alheios contrariamente ao ordenamento jurídico, sem que seja necessária a presença de qualquer juízo de reprovabilidade. Alguns autores, fazendo uso do previsto no artigo 2043 do Código Civil italiano, preferem referir-se a dano injusto para exprimir a mesma idéia. Todo ato ilícito será necessariamente antijurídico, mas o inverso não pode ser

<sup>144</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>145</sup> ALVIM. Reflexões sobre a responsabilidade civil médica. A tutela antecipatória na ação de reparação (2000), p. 215

<sup>146</sup> Não é essa a posição de SANTOS BRIZ, que confere à antijuridicidade notas marcantes de reprovabilidade da conduta, em clara confusão com o conceito de ilicitude. Para o autor espanhol, há três pressupostos para a caracterização da antijuridicidade: 1) sujeito passivo da conduta antijurídica (diante de quem se há infringido o dever); 2) conteúdo e alcance da infração (em que e por que se há infringido a norma); 3) Fundamento da qualificação ilícita da conduta (em razão de que consequências essa conduta deve ser qualificada como antijurídica) (Responsabilidade Civil [1981], pp. 27-28).

dito. O fato de um ato ser lícito, não impede que seja antijurídico. A exemplo disso temos a lesão a um bem jurídico, causado em estado de necessidade. Nesse caso, haverá exclusão da ilicitude (vide art. 188, II, do Código Civil brasileiro), sem que, contudo, cesse o dever de indenizar (vide art. 929 do Código Civil brasileiro). FERNANDO NORONHA elenca quatro casos em que se poderá verificar a antijuridicidade: “a) quando ocorrer um ato ilícito, isto é, um ato subjetivamente ilícito; b) quando ocorrer um ato objetivamente ilícito, praticado por inimputável ou por pessoa em situação de inimputabilidade accidental; c) quando, na realização de um ato justificado, for atingida pessoa diversa daquela que criou a situação implicativa da necessidade de intervenção; d) quando certos acontecimento naturais atinjam um direito de alguém, desde que a ocorrência esteja ligada à atividade desenvolvida por outra pessoa.”<sup>147</sup>

Mesmo que se conceba, como faz o sistema português, o ato ilícito isolado do conteúdo de reprovabilidade da conduta (culpabilidade), simplesmente como contrariedade objetiva ao ordenamento jurídico posto, é de se admitir, como bem esclarece GOMES DA SILVA que, em matéria de responsabilidade civil, o que é primordial é a avaliação do agir, de modo a não causar os prejuízos que lhe sejam possíveis de prever e evitar, restando isento de toda responsabilidade a respeito de quaisquer outros.<sup>148</sup> Nesse sentido, também milita BUSTAMANTE ALSINA, que, após analisar os preceitos do BGB, do Diploma Civil lusitano e do mexicano, que parecem indicar independência do elemento da ilicitude e da culpa, assevera que as referências não assinalam uma existência de um elemento distinto da culpa, mas, ao contrário, apenas caracterizam o dano que deve ser ressarcido, definindo consequentemente o ato ilícito.<sup>149</sup>

Finalmente, cumpre acentuar que é possível que um ilícito criminal não seja propriamente um Ilícito civil e vice-versa. Nos crimes de perigo, justamente por não concretizarem a materialização de um dano, não há ilicitude civil. Por outro lado, há inúmeras condutas que, apesar de lesarem o patrimônio jurídico alheio, não são tipificadas como condutas criminosas.

---

<sup>147</sup> NORONHA. Direito das Obrigações (2007), pp. 469-471.

<sup>148</sup> SILVA. O dever de prestar e o dever de indemnizar (1944), p. 88.

<sup>149</sup> BUSTAMANTE ALSINA. Teoría General de la responsabilidad civil (1997), p. 110.



## 2.7 Ato ilícito como consequência necessária da conduta culposa

Como já asseverado, na forma do artigo 186 do Código Civil brasileiro, o conceito de ilicitude é retirado da própria conduta tida por culposa. Para que o ato seja tido como ilícito, deverá ser imputado como culposos. Sem culpa não há ilicitude. A exemplo do sistema francês, que trata tanto do ato ilícito como da culpa dentro do conceito de *faute*,<sup>150</sup> o diploma brasileiro não dá margem para se considerar um fato ilícito, sem ser culposos. Em verdade, para a configuração de um ato ilícito, é necessário que se verifique: 1) um dano; 2) ocasionado pela ação voluntária (ainda que não intencional) de outrem – nexos causal; 3) que seja tido como culposos. A culpa poderá ser dispensada nos casos de responsabilidade objetiva. Esse é o arcabouço básico do ato ilícito no sistema brasileiro.

Não é assim em Portugal, em que o ato ilícito será tomado como a conduta que infringe um dever legal. Toda infração de um padrão de conduta imposto pela lei será tido por ilícito. Mas o agente só se tornará responsável pelo dever de indenizar, se, ao mesmo tempo, se puder verificar que sua conduta foi eivada de culpa (*lato sensu*).<sup>151</sup> Todavia, o conceito de culpa permanece intimamente relacionado ao ato ilícito, defendendo a doutrina lusitana, que a culpa pressupõe o ato ilícito. Há atos que são perigosos e que efetivamente geram danos, mas, por serem lícitos, não suscitam o problema da culpa. Esta somente terá relevância no âmbito dos atos ilícitos.<sup>152</sup>

Segundo MENEZES CORDEIRO, a culpa do artigo 483 do Código Civil português consagra o modelo de IHERING, pois a imputação delitual exige que alguém com dolo ou mera culpa, viole ilicitamente determinadas posições e, mais especificamente, um direito subjetivo ou uma norma de proteção. De outro lado, a responsabilidade contratual, prevista no artigo 798, por não se referir à ilicitude, teria consagrado o modelo da *faute* francês. É claro que alguém poderá, em razão de diversas outras normas, deixar de cumprir a obrigação de forma lícita. O artigo 799 arremata, permitindo que o devedor comprove a falta de culpa, sem mencionar novamente qualquer excludente de ilicitude. Isso não significa que a lícitude ou a falta de nexos

---

<sup>150</sup> Cf. PIROVANO. *Faute civile et faute penale* (1966), pp. 132-140.

<sup>151</sup> Cf. VARELA. *Das obrigações em geral* (1998), pp. 606-611.

<sup>152</sup> Cf. SILVA. *O dever de prestar e o dever de indemnizar* (1944), p. 112.

causal não possam ser comprovadas. O que de fato indica é que “culpa” deve ser compreendida dentro do conceito amplo do artigo 1382, do Código Civil francês que alberga também o ilícito.<sup>153</sup>

ANTUNES VARELA compreende a culpa (no sentido de culpabilidade) em um juízo de reprovabilidade da conduta do agente no caso concreto, enquanto a ilicitude assumiria um juízo de reprovação em abstrato, previsto em lei.<sup>154</sup> A culpabilidade é o juízo de valor em concreto. Em seus argumentos procura definir causas de exclusão de ilicitude e outras excludentes da culpabilidade. Dentre as primeiras, identifica a legítima defesa e o estado de necessidade, que se configuram como uma reação de defesa contra um outro ato ilícito. Todo juízo é feito, portanto, no campo abstrato da ilicitude. Como excludentes da culpa, elenca a inimizabilidade, a coação e o erro.<sup>155</sup> Todas essas têm em comum um juízo sobre a vontade, sobre o estado psíquico, sobre a capacidade de compreensão dos resultados de seus atos e a exigibilidade de conduta diversa. São situações que se aproximam de um juízo de valor.

Tomando o conceito de ilicitude em seu conteúdo eminentemente objetivo, haverá a hipótese de uma contrariedade ao ordenamento jurídico não culposa, em outras palavras, ações ilícitas desprovidas de culpa. Seria o caso do médico que aplica medicação diversa da desejada, contrariando a regra técnica, em razão de caso fortuito ou ao menos a ele não imputado, que tenha levado à troca do rótulo do recipiente. Ainda que a conduta que deu causa ao óbito do paciente seja ilícita, seria desprovida de culpa, em razão do erro invencível do agente.<sup>156</sup>

Por outro lado, haverá quem afirme a impossibilidade de se fazer a inversão, constatando a existência de culpa, sem que se constitua um ato ilícito. Da verificação da presença de culpa deverá inferir-se a existência do ilícito. O que se convencionou chamar de *quase delito* seria, em verdade, um ato ilícito; afinal, não se há de falar em

---

<sup>153</sup> CORDEIRO. Da responsabilidade dos administradores das sociedades comerciais (1997), pp. 468-469.

<sup>154</sup> VARELA. Das obrigações em geral (1998), p. 607

<sup>155</sup> Idem, pp. 610-611.

<sup>156</sup> A isso, algum finalista, tomando as lições do Direito Penal, poderá objetar que, se a conduta é típica, necessariamente será provida de culpa ou dolo. Importa, todavia, frisar que, a despeito da tipicidade ser indiciária da ilicitude, com esta não se confunde. Adotado o conceito objetivo de ilicitude, conclui-se que basta a contrariedade ao ordenamento jurídico, que poderá ser afastada pelas excludentes de ilicitude.

culpa, que pressupõe a violação de uma norma de cuidado, sem se falar, com isso, em ilicitude.<sup>157</sup>

Sem dúvida devemos concordar que a infração de um dever de conduta, caracterizadora do conceito de culpa, acaba por configurar em si uma violação ao comportamento previamente estabelecido, tal qual a ilicitude. Em outras palavras, e sob outro prisma, ainda que o ato seja lesivo do direito de outrem, deixará de ser ilícito, se, na avaliação da conduta, não se encontrar contrariedade ao que se espera, de acordo com a forma como comumente se procede. Haverá ilicitude, quando apreciada a conduta do autor, no caso concreto, se averiguar transviada do proceder comum dos homens em circunstâncias idênticas. A culpa será tida como o “*fiat dos demais elementos constitutivos do ato ilícito*”.<sup>158</sup> Por isso, BENUCCI vislumbra o ato ilícito como “*un comportamento dell’uomo (positivo o anche meramente omissivo) da cui deriva una lesione ad un diritto soggettivo assoluto e che, di regola, si qualifica ulteriormente con l’elemento subiettivo della colpa*”.<sup>159</sup>

Observe-se, todavia, que não só a culpa, mas outro elemento essencial deve estar presente no evento para a configuração do ilícito, qual seja, a lesão a um objeto jurídico tutelado. Assim, para que se possa anunciar o que será um dos fundamentos daquilo que se pretende construir neste trabalho, apresenta-se o seguinte exemplo. Um médico, demasiadamente ocupado e atrasado para uma aula que irá lecionar, delega à sua equipe definir, em cada caso do dia, a cirurgia proposta. Entra então para a mesa de cirurgia um paciente que tem hemorróidas, mas o médico o confunde com outro paciente que tem cálculos na vesícula biliar e remove esta. Após a remoção, esta é enviada para exame anátomo-patológico o qual encontra um câncer muito incipiente, que só pôde ser detectado, porque a lâmina da biópsia deste órgão fora submetida a exame microscópico, sem o qual, nunca teria sido detectado em exames de imagem. O adenocarcinoma de vesícula biliar é um câncer muito fatal, mas curável, se encontrado precocemente, o que é raro ocorrer, tendo em vista que cresce de forma assintomática. Resultado: o paciente, de qualquer forma, teria perdido a

---

<sup>157</sup> Cf. ORGAZ. La ilicitud (1974), p. 32-34.

<sup>158</sup> ALVINO LIMA. Culpa e risco (1998), p. 61.

<sup>159</sup> La responsabilità civile (1955), p. 19. Em tradução livre: “Um comportamento do homem (positivo ou também meramente omissivo) do qual deriva uma lesão a um direito subjetivo absoluto e que, de regra, se qualificada ulteriormente como elemento subjetivo da culpa”

vesícula, que é a conduta adequada para o tipo de câncer e, por sorte, ou, pelo próprio “erro médico”, ganhou a vida. Nesse caso, não se pode negar a existência de culpa, visto que a conduta açodada, destituída da devida cautela e consubstanciada em nítida imprudência, levou o médico à realização de procedimento diverso do indicado pela *lex artis*, conforme o trabalho que lhe fora proposto. Entretanto, o resultado de tal evento não foi lesivo, pelo contrário, benéfico. Em razão de elemento meramente accidental e, por que não dizer, por mera sorte do destino, seu erro materializou-se em benefício ao paciente. Desse modo, se não há dano, ainda que a conduta seja culposa, não há de se falar em ato ilícito.

A ilicitude, no âmbito da responsabilidade civil, só terá relevância se acompanhada da existência de um dano. CARNELUTTI acentua que ato e dano são só dois elementos que resultam da análise do ato ilícito, “*come l’ossigeno e l’idrogeno si combinano nell’acqua; fisiologicamente però l’uno e l’atro coesistono nell’ato illecito, il quale, quando è smembrato, perde la sua natura*”.<sup>160</sup> Ao contrário, na esfera penal não é necessário o dano para que haja ilicitude. A mera tentativa ou crimes como o de disparo de arma de fogo em via pública que não geram dano algum, mas apenas o perigo, configuram ato ilícito.<sup>161</sup> Disso não pode decorrer a equivocada afirmação de que o caráter de ilicitude irá variar de um campo do Direito a outro. Em razão da unidade do ordenamento jurídico, o que é ilícito de acordo com alguma norma, será, simultânea e necessariamente, em todo Direito positivo. A ilicitude terá a mesma extensão em todos os setores do Direito, seja qual for a natureza da lei que estabeleça a ilicitude. O que varia é a responsabilidade, sem dúvida, mais ampla no Direito Civil.<sup>162</sup>

O caminho a ser proposto, que melhor confere solução à caracterização do dever de indenizar, é a verificação do incremento ou da diminuição do risco. A mera contrariedade ao ordenamento jurídico ou mesmo a conduta negligente não são suficientes para a imputação. Importa que a conduta seja vislumbrada na ótica da criação ou diminuição do risco de um resultado danoso.

No que concerne à positivação do dever de indenizar, enuncia o artigo 483, I, do Código Civil português que “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente

<sup>160</sup> CARNELUTTI. Il reato e il danno (1930), pp. 20-21.

<sup>161</sup> Cf. ORGAZ. La ilicitud (1974) p. 40.

<sup>162</sup> Idem, pp. 54-55.

o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios, fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação.”. Em sentido semelhante dirá o Código Civil brasileiro: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” De ambos enunciados podem-se extrair duas conclusões: 1) só haverá o dever de indenizar, quando houver prejuízo ao patrimônio jurídico de outrem; 2) nem toda violação dará razão a uma responsabilização, visto que também é necessário que essa seja contrária ao ordenamento jurídico e que, também, 3) seja eivada de culpa.

## 2.8 Parâmetro de diligência exigida

A fim de se pautar por um critério comum de aferição do grau de diligência que é exigido pelo homem, na convivência em sociedade, tem-se adotado, em todo mundo, o parâmetro daquilo que é encontrado no homem mediano da sociedade,<sup>163</sup> denominado *homem médio* ou *bom pai de família*.<sup>164</sup> Somente o grau de culpa que se contrapõe à diligência e prudência própria do homem médio é que, a princípio, se torna juridicamente relevante.<sup>165</sup> A culpa é sopesada com referência a um modelo extrínseco ao sujeito operante, de acordo com a média diligência e prudência.<sup>166</sup>

Isso não significa dizer, de maneira alguma, que é desnecessária qualquer avaliação das possibilidades de agir de forma contrária no caso concreto. Todas as circunstâncias e variáveis do evento devem ser tomadas em consideração e sopesadas

<sup>163</sup> “Ao médico, seja qual for a sua obrigação, esteja ou não vinculado por contrato, exige-se que cumpra as *leges artis* com a diligência normal de um médico médio (*reasonable doctor*)” (15-10-2009 - Revista n.º 1800/08 - 2.ª Secção - Rodrigues dos Santos (Relator) \*, João Bernardo (vencido), Oliveira Rocha, Oliveira Vasconcelos (vencido) e Serra Baptista).

<sup>164</sup> O Código Civil português é expresso ao asseverar em seu artigo 487º, 2: “A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso.”

<sup>165</sup> Trata-se de fundamento necessário para a construção do critério da culpa. Paralelamente, se apresenta o critério da tipicidade, em que se propõe a adoção do parâmetro da mais elevada medida de cuidado, prudência e diligência de uma pessoa ideal, com a mais ampla capacidade e a mais completa experiência razoavelmente concebíveis. As razões para a rejeição de tal perspectiva são evidentes, pois aproximam-se do modelo de responsabilidade objetiva, não afeto às obrigações de meio e que encontram guarida apenas em casos excepcionais.

<sup>166</sup> DE CULPIS. Il danno (1979), pp. 185-186.

na ponderação da culpabilidade. O que importa verdadeiramente quesitar é se, nas variantes do caso concreto, era exigido ao homem médio, reconhecido no universo do objeto obrigacional, conduta diversa daquela efetivamente praticada.

PLANIOL, ao criticar a jurisprudência francesa que vinha condenando os médicos por erros de diagnósticos ou tratamentos, sempre que constatada negligência grave, assevera que não é necessário qualificar a culpa, mas apenas constatá-la. Essa será tomada na verificação do parâmetro de conduta de um profissional experiente. Se não era aceitável que um profissional gabaritado cometesse tal equívoco, o ato será culposos. De outro lado, se tal erro poderia ser cometido até mesmo por um praticante experimentado, então não haverá culpa.<sup>167</sup>

JOSÉ DA COSTA JR preleciona a necessidade de um juízo de probabilidade daquilo que poderia ser previsto pelo agente como consequência de sua conduta. Determina-se a idoneidade da conduta a causar determinado resultado de maneira *ex post*, ou seja, após a realização do resultado, mas por meio de um juízo *ex ante*. Efetua-se um prognóstico com retrocesso temporal. Tomam-se nesse juízo não só as leis da natureza que o homem possua por sua experiência cotidiana (conhecimento nomológico), como também as circunstâncias conhecidas pelo agente no caso concreto (conhecimento ontológico). O magistrado se coloca na posição do agente no sentido de verificar, *ex post*, o que este teria condições de prever *ex ante*, de acordo com os conhecimentos adquiridos, os juízos que lhe eram exigidos e as circunstâncias do caso concreto, em especial por suas condições particulares.<sup>168</sup> Observa-se que, para o autor, o juízo do homem médio não pode ser tomado apenas em abstrato, mas deve ser posto o caso concreto, à luz do que aquele determinado agente tinha condições de prever, ou em outras palavras, o que deste poderia ser exigido.

Como expoente da doutrina especializada em responsabilidade médica, JEAN PENNEAU não desconsidera o exame particularizado das circunstâncias do caso concreto, mas exige tão somente a análise do que pode ser considerado como

---

<sup>167</sup> PLANIOL. *Traité élémentaire de Droit civil*, v. II. (1947).

<sup>168</sup> COSTA JR. *Nexo causal* (2007). p. 96.

negligente, em face do que se pode esperar de um médico “*normalement compétent et diligent*”, nas mesmas circunstâncias do caso concreto.<sup>169</sup>

Nos Estados Unidos, a denominada teoria da “*school of practice*” considera que o parâmetro da técnica deve ser retirado daquilo que se espera de um profissional conceituado da mesma escola a que pertença o médico, cuja conduta está sendo questionada. Diante das diversas alternativas que se abrem, em especial com as crescentes escolas de medicina alternativa, não se poderá esperar que o profissional aja de maneira diversa da linha que pratique. Saber se esta é aquela de maior aceitação na comunidade médica ou se há comprovação científica dos resultados esperados é questão avessa a essa teoria. Nesse sentido, não se poderá imputar ao paciente expectativa diversa do que a própria escola se propõe a fornecer, no que concerne ao método empregado. Para ser considerada uma escola de medicina, será necessário que detenha regras e princípios que sirvam de diretrizes para todos os membros, no que toca a procedimentos, diagnósticos e remédios, de tal forma que se possa concluir que um profissional competente desta mesma escola trataria o paciente da mesma forma como de fato fora tratado.<sup>170</sup>

Na avaliação da técnica utilizada pelo médico, não basta, para a reprimenda, a constatação da existência de técnicas mais modernas e que apresentem melhores resultados, mas é necessário pesar se a escolhida ainda se encontra em uso na escola de pensamento a que pertence o médico, não tendo sido descartada por esta.<sup>171</sup>

Nos Estados Unidos, tem-se aventado conferir relevância ao fator geográfico, quando da definição do padrão de conduta e conhecimentos esperados do profissional.<sup>172</sup> A exemplo, já decidiu a jurisprudência norte-americana que ao médico clínico geral que exerce sua função em cidade pequena, afastada de grandes centros, não poderá ser exigido atuar nos padrões médios de um profissional gabaritado. A este deverá pesar o encargo de agir com o grau de habilidade apresentado por médicos em situação semelhante.<sup>173</sup> Diverso, todavia, foi o entendimento da Suprema Corte do

<sup>169</sup> PENNEAU. La réforme de la responsabilité médicale : responsabilité ou assurance (1990), p. 531.

<sup>170</sup> Cf. MCCOID. The care required of medical practitioners (1958-1959), pp. 561-566.

<sup>171</sup> BENACHHIO. Responsabilidade civil do médico (2009), p. 336.

<sup>172</sup> Cf. FREEDMAN. Malpractice Liability in the Business professions (1995), pp. 4-5.

<sup>173</sup> Cf. MCCOID. The care required of medical practitioners (1959), p. 570.

estado de Michigan, no caso *Naccarato v. Grob*<sup>174</sup>, em que dois pediatras de uma pequena cidade falharam em diagnosticar uma rara doença infantil que se inicia no nascimento, chamada phenylketonuria ou PKU, que resulta em progressiva deterioração cerebral da criança. O entendimento exarado foi de que a expectativa lançada sobre um especialista é que apresente os conhecimentos afetos à sua área de especialização e que desempenhe sua função nos padrões de um “*reasonable specialist*”.<sup>175</sup>

Também na Argentina, têm-se relativizado os parâmetros de diligência esperados, conforme as circunstâncias de tempo e lugar, nos termos do artigo 512 do Código Civil argentino: “*La culpa del deudor em el cumplimiento de la obligación consiste em la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.*”, seguindo a letra do Código Civil Espanhol.<sup>176</sup> A Jurisprudência argentina tem asseverado que a prudência e diligência esperadas do homem médio devem ser ponderadas no caso concreto, de acordo com o estado do paciente, o desenvolvimento da ciência e dos meios com que conta no tempo e espaço em que se encontra, e a experiência necessária para evitar procedimentos ou medicamentos desnecessários.<sup>177</sup> Também é entendimento esposado na jurisprudência argentina que as exigências para o homem médio devem ser tomadas de acordo com a categoria e

<sup>174</sup> 384 Mich. 248, 180 N.W.2d 788 (1970).

<sup>175</sup> “...calling specialist parochial or bucolic is hardly appropriate. The reliance of the public upon the skills of a specialist and the wealth and sources of his knowledge is a specialty. He specializes so that he may keep abreast. Any other standard for a specialist would negate the fundamental expectations and purpose of a specialty. The standard of care for specialist should be that of a reasonable specialist practicing medicine in the light of present day scientific knowledge”. Em tradução livre: “chamar um especialista de paroquiano ou bucólico é inapropriado. A confiança do público nas habilidades do especialista, sob a garantia e fonte de seus conhecimentos, jaz sobre sua especialidade. Qualquer outro padrão para o especialista seria negar as expectativas fundamentais e os propósitos da especialidade. Os padrões de cuidado devem ser aqueles de um especialista razoável praticando a medicina à luz dos conhecimentos dos dias atuais”.

<sup>176</sup> Artículo 1104. La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.

<sup>177</sup> LÓPEZ MESA; TRIGO REPRESAS. Responsabilidad civil de los profesionales (2005), p. 443. No mesmo sentido, assinala LORENZETTI que “el diagnóstico varía constantemente por la evolución científica acelerada que existe en este momento. De tal modo, el juzgamiento debe ser efectuado con un criterio de cercanía temporal y espacial. No pude juzgarse el error de diagnóstico con libros médicos de diez años antes o después del caso, o exigiendo recursos inalcanzables.” (Responsabilidad civil de los médicos, tomo II, p. 54).



classe a que pertencia o profissional.<sup>178</sup> Para BUSTAMANTE ALSINA o parâmetro será aquele de um profissional prudente e diligente da categoria ou classe em que se possa enquadrar a conduta do devedor, em cada caso concreto.<sup>179</sup>

Além disso, o homem médio deve ser tomado de acordo com as circunstâncias do momento. FORCHIELLI chama a atenção para o médico que, presente no hospital, recebe um paciente que necessita de cuidados urgentes de uma especialidade diversa da sua. Em situação de normalidade, a conduta exigida seria a de encaminhar o paciente a outro local onde pudesse encontrar o profissional devidamente habilitado para o procedimento. Contudo, se não há tempo para tanto, deve ele mesmo realizar o procedimento. Nesse caso, as exigências da *lex artis* que lhe serão impostas, não serão aquelas demandadas do especialista da área do procedimento, mas sim do que se poderia exigir de um generalista zeloso, diante de uma emergência.<sup>180</sup> De outro lado, se o médico, podendo encaminhar o paciente a um especialista da área, não o faz, mas prefere ele mesmo realizar o procedimento, nesse caso, o parâmetro de exigência que recairá sobre si será do mesmo padrão de conduta exigido ao especialista da área.<sup>181</sup>

O artigo 1176 do Código Civil italiano<sup>182</sup>, após referir-se ao padrão do “bom pai de família” para avaliação da diligência que deve ser exigida ao adimplemento obrigacional, ressalva, de forma bastante pertinente, que nas atividades profissionais a diligência deve ser aferida com resguardo à natureza da atividade exercida.<sup>183</sup> SCHIATTONE e PLENTEDA lecionam que a ressalva realizada pelo citado dispositivo não isenta o profissional da diligência ordinariamente exigida, do cuidado que se impõe a todo cumprimento obrigacional, de forma a atuar com preparação profissional e atenção média, mas indica que, em momento posterior, o grau de perícia que poderá ser exigido do profissional levará em conta uma reprovação, apenas em se tratando de

<sup>178</sup> RepLL, 1986-572, 1989-586; LL 1990-E-414, 1992-D-581’ED 149-144, 151-512, apud URRITA.

<sup>179</sup> BUSTAMANTE ALSINA. Teoría General de la responsabilidad civil (1997), p. 511.

<sup>180</sup> FORCHIELLI. Responsabilità civile (1970), pp. 94-95.

<sup>181</sup> Idem, p. 98.

<sup>182</sup> “Nell’adempiere l’obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia (Cod. Civ. 703, 1001, 1228, 1587, 1710-2, 1768, 2148, 2167). Nell’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’attività esercitata (Cod. Civ. 1838 e seguente, 2104-1, 2174-2, 2236).”

<sup>183</sup> “Nell’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’attività esercitata (Cod. Civ. 1838 e seguente, 2104-1, 2174-2, 2236).”

culpa grave. Em outras palavras, a norma não confere maior complacência com eventual negligência, mas sim no que toca ao grau de perícia que lhe poderá ser exigido.<sup>184</sup>

O paradigma do homem médio tem sido alvo de críticas, sob o argumento de que não é um critério objetivo, mas sim pessoal do próprio julgador que transfere suas experiências pessoais, conhecimentos e traumas e, segundo seu arbítrio, determina a conduta que deveria ter sido tomada.<sup>185</sup> A crítica, que não deixa de ter suas razões, perde sua força, todavia, para os casos de culpa médica, visto que a conduta aconselhada se encontra previa e objetivamente estabelecida de acordo com o padrão da *lex artis*, cabendo ao julgador conhecê-la e temperá-la com as circunstâncias do caso concreto.<sup>186</sup>

## 2.9 Contrariedade ao dever de conduta

Culpa em sentido lato engloba todo tipo de vínculo de responsabilidade pelo nexos causal de uma conduta a um resultado, pautado por um juízo de reprovação. Nesse amplo viés, podem-se encontrar: 1) o ato praticado com o desejo de um resultado contrário à lei (dolo); 2) a intenção de praticar o ato prevendo o resultado, sem contudo, adotar cautelas, para que esse não se concretize, ainda que no íntimo não o desejo (dolo eventual); 3) a previsibilidade possível do resultado, em que o agente acreditava que não se realizaria (culpa consciente); ou, 4) a falta do dever de cuidado que lhe era exigível (culpa inconsciente).

<sup>184</sup> SCHIATTONE; PLENTEDA. Culpa e diligencia (2008), pp. 175-176.

<sup>185</sup> TAVARES. Teoria do crime culposos (2009), p. 289.

<sup>186</sup> O médico NOVAH MORAES elenca dez diretrizes básicas de um atendimento médico responsável: “ 1) Estabelecer diagnóstico único que explique todos os sintomas e sinais; 2) Fazer seu próprio diagnóstico, ao assumir um caso; 3) Respeitar a soberania da clínica sobre os exames complementares; 4) Hierarquizar as probabilidades diagnósticas; 5) Fundamentar a conduta no diagnóstico; 6) Preservar a vida, a função, o órgão e a estética (nesta sequência); 7) Satisfazer a vontade do paciente ou justificar a impossibilidade; 8) Esclarecer tudo ao doente, de acordo com seu nível de entendimento e na oportunidade; 9) Aceitar a decisão do paciente; 10) Cuidar do paciente e, se possível, curá-lo.” NOVAH MORAES. Erro médico e a justiça (1003), p. 429. A respeito das competências de cada especialidade e dos conhecimentos que podem ser exigidos de cada profissional a estes pertencentes, conferir exaustiva enumeração feita pelo autor nas páginas 94 -106.

Em sentido estrito, todavia, a noção de culpa restará circunscrita às duas últimas formas de conduta, como ação contrária a um dever de cuidado cujo resultado era possível prever. A lei obriga a reparar danos que, no momento do fato danoso, eram previsíveis e evitáveis; por isso, na verificação da responsabilidade por determinado prejuízo, não basta que se averigue que o agente contribuiu com comportamento que previsivelmente poderia ocasionar dano, mas que esse comportamento produziu o dano pela forma por que era previsível que o causasse.<sup>187</sup>

Em obra magistral sobre a culpa, FIGUEIREDO DIAS a define em fórmula simplificada como “censurabilidade do comportamento humano, por o culpado ter querido actuar contra o dever quando podia ter querido actuar de acordo com ele.”<sup>188</sup> Mais à frente, reitera o conceito de maneira lapidar definindo culpa como “a própria autoria ou participação do existir (e do ser-livre) em uma contradição com as exigências do dever-se que lhe são dirigidas logo a partir do seu característico modo-de-ser.”<sup>189</sup> Para ele, a liberdade do homem consiste na liberdade de decisão, compreendida não como possibilidade de escolha dentre possibilidades, mas como aquilo que haverá de ser feito através dele e, em última instância, decisão de ele sobre ele. Esta decisão receberá a conformação e mediação de toda a sociedade que, em meio a um conglomerado de fatores, fará com que o homem se aceite em “dever”, auxiliando-o e dirigindo-o para a finalidade que, por meio de sua decisão sobre si mesmo, terá de afirmar ou escolher. Nesse viés surge a *responsabilidade*, como mediadora entre a liberdade e a culpa.<sup>190</sup> A culpa jurídica é, desse modo, a infração do dever de conformar seu existir no agir, de forma a não violar ou pôr em risco bens juridicamente protegidos.<sup>191</sup>

No mesmo rumo ensina LARENZ que ao homem se imputam suas ações e, até certo ponto, as conseqüências destas, quando, agindo de outra forma, as poderia ter evitado. Salvo a posição determinista<sup>192</sup> e os atos de mero reflexo, o homem age dentro de sua capacidade de fazer escolhas, ponderando meios e fins em uma

<sup>187</sup> SILVA. O dever de prestar e o dever de indemnizar (1944), p. 149.

<sup>188</sup> DIAS. Liberdade e culpa no Direito Penal (1983), p. 22.

<sup>189</sup> Idem, p. 152.

<sup>190</sup> Idem, pp. 151-152.

<sup>191</sup> Idem, pp. 160-161

<sup>192</sup> Considera que o homem age sempre de acordo com sua natureza, não agindo propriamente, mas apenas reagindo, visto que, de fato, não poderia ter optado atuar de outro modo.

exigência do dever ser. Se assim ocorre, imputa-se com razão o ato como seu e, nesse sentido, desvalor que se produz como consequência da inobservância de uma exigência do dever ser. Esse trará um juízo de reprovação, que será auto-imputável, quando se tratar de “culpa moral” e hetero-imputável, quando se tratar de culpa jurídica.<sup>193</sup>

Para WELZEL, à culpabilidade (culpa em sentido amplo) resta tão somente o elemento normativo, é a reprovabilidade da decisão de cometer o fato, na produção não dolosa de resultados, a reprovabilidade por não ter evitado mediante uma atividade regulada de modo finalista.<sup>194</sup> O conteúdo de reprovabilidade da culpa consiste na formação da vontade que se relaciona com uma norma dupla: “Tu deverias ter atuado conforme a norma, porque podia ter atuado conforme a norma”. De outro lado, o juízo da ilicitude dirá simplesmente que: “Tu atuaste contrariamente à norma”, sem, contudo, indagar se o agente podia ter atuado conforme a norma.<sup>195</sup>

KAUFMANN rechaça a opinião de que culpa é o mesmo que reprovabilidade. É, na realidade, aquilo que há de se reprovar. É a consciente decisão sobre o desvalor daquele que atua, sabendo estar agindo contrariamente a seu dever. Segundo isso, apenas se pode qualificar como culposa a conduta conscientemente negligente, mas não um comportamento inconsciente, falta de diligência.<sup>196</sup>

O sentido de culpa será verificado na análise de dois elementos essenciais: um objetivo, concernente ao dever violado e outro subjetivo, atinente à imputabilidade. Esta, por sua vez, compreende dois elementos: a) possibilidade do agente conhecer o dever; b) possibilidade de observá-lo.<sup>197</sup>

A prova da falta de culpa consiste na demonstração de que agiu com a diligência, prudência e perícias que lhe eram esperadas, atendendo às circunstâncias do caso concreto pessoais, cronológicas e temporais. Se assim proceder, restará a conclusão de que o resultado se deu, porque não era possível prever ou, se previsível,

<sup>193</sup> LARENZ. Derecho justo fundamentos de etica jurídica (1990), pp. 100-104.

<sup>194</sup> WELZEL. La teoría de la acción finalista (1951), p. 33.

<sup>195</sup> Idem, pp. 33-34.

<sup>196</sup> KAUFMANN, Schuldprinzip, p. 178, apud. LARENZ, Karl. Derecho justo fundamentos de ética jurídica. (1990), p. 105.

<sup>197</sup> ALVIM. Da inexecução das obrigações e suas consequências (1980), p. 255. Em páginas 306 irá afirmar que “uma das dificuldades que a teoria da culpa oferece é a caracterização precisa do seu elemento objetivo, infração de um dever, que se não confunde com infração da lei”.

não era possível evitá-lo. Implica dizer que a falta de culpa conduzirá ao fortuito, à força maior ou à força externa invencível.<sup>198</sup>

O termo negligência tem sido empregado como sinônimo de conduta culposa (a exemplo do que faz o Código Civil português em seus artigos 487,2, 491, 1, e o Código Civil Espanhol em seus artigos 1101, 1103, apesar do uso concomitante com culpa no artigo 1104). Há aqueles também que preferem o termo mera culpa, a fim de distinguir culpa em seu sentido mais amplo de culpabilidade. Outros, todavia, como é a maior parte da doutrina brasileira, preferem situar a negligência como modalidade de culpa, ao lado da imprudência e da imperícia. Optamos por seguir esta linha. Nesse sentido, a negligência será associada tão somente à omissão do dever de cuidado exigido e não aos atos imperitos ou açodados. A exemplo, no campo do erro médico, pode-se citar o abandono de paciente, quando este ainda necessitava de atenção, queimaduras causadas pela radioterapia, consolidação desviada de fratura óssea por alinhamento incorreto do gesso no momento da imobilização e falta de assepsia de instrumentos cirúrgicos.

A imprudência, por sua vez, se dará por atos comissivos em que uma conduta precipitada toma o lugar de outra aconselhada. O médico é imprudente, quando, tendo conhecimento do risco e com conhecimento da técnica, toma a decisão de agir assim mesmo, de forma açodada e com ausência de ponderação.<sup>199</sup> É o caso do médico generalista que deixa de encaminhar paciente para um profissional especializado ou de uma intervenção cirúrgica sem a prévia análise dos exames pré-operatórios, quando provido de tempo para tanto.<sup>200</sup>

Finalmente, a imperícia é a ausência de aptidão para a realização de determinado procedimento. Nesse caso, haverá divergência se deve ser prévia<sup>201</sup> ou accidental<sup>202</sup>. Pela primeira concepção, haverá grande aproximação com a imprudência, pois estará o profissional médico realizando procedimento fora de sua área de

---

<sup>198</sup> BUSTAMANTE ALSINA. Teoría General de la responsabilidad civil (1997) pp. 350-351.

<sup>199</sup> CONSTANTINO. Julgamento ético do médico: reflexão sobre culpa, nexos de causalidade e dano (2008), p. 98.

<sup>200</sup> O artigo 29º do Código Deontológico médico português prevê que: “1. O médico não deve ultrapassar os limites das suas qualificações e competências. 2. Quando lhe pareça indicado, deve pedir colaboração de outro médico ou indicar ao doente um colega que julgue mais qualificado”.

<sup>201</sup> MOREIRA DO ROSÁRIO. A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica (2009), p. 15.

<sup>202</sup> JEOVÁ SANTOS. Dano moral indenizável (2001), p. 281.

formação, ao qual não está habilitado, aconselhando-se o encaminhamento a outro profissional. Ao optar ainda assim pela execução, estará sendo imprudente, ante o conhecimento da própria imperícia. Se, todavia, se tomar a imperícia como acidental, ali se alocarão todos os casos em que, no próprio procedimento, lhe faltou a técnica esperada. De todo modo, importa lembrar a principiologia da confiança, boa fé e cooperação existente nas relações contratuais, que traz como imperativo a segurança de que o devedor possui as qualidades necessárias ao desempenho do ato. Como acentua ANTUNES VARELA, “esta espécie de garantia tácita constitui o principal fundamento dos laivos de objectividade existentes na noção de culpa geralmente aceite pelos autores”.<sup>203</sup> Nesse sentido, é certo que a expectativa inerente à relação de confiança é de que o profissional esteja habilitado para a tarefa que se propõe realizar.

Para fins de aplicação das normas de responsabilidade civil tal distinção é dispicienda, pois, como afirma BONVICINI: *“Il critério valutativo tanto della perizia, quanto della diligenza é unitário, in quanto entrambi i requisiti contribuiscono all’adempimento e, quindi sono valutati negativamente in sede di inadempimento totale o parziale o difforme (inesattezza), dando adito entrambe alla colpa.”*<sup>204</sup>

## 2.10 Culpa objetiva e subjetiva

Como já dito, o conceito clássico de culpa tem se fundado na previsibilidade do evento danoso e na possibilidade de se agir de outra forma. Saber se o agente previu ou não as consequências de seus atos é discussão que concerne aos próprios limites entre culpa e dolo. O que interessa nesse momento é a verificação dos parâmetros de exigência dessa previsibilidade.

Para a corrente subjetivista, seria necessária a averiguação das condições particulares do agente para a previsibilidade do evento danoso. A conduta do agente

---

<sup>203</sup> VARELA. Das obrigações em geral, v. II (1999), p. 100.

<sup>204</sup> BONVICINI. La responsabilità civile (1971), pp. 746-747. Em tradução livre: “O critério de valorização tanto da perícia quanto da diligência é unitário, enquanto ambos os requisitos contribuem ao adimplemento e, deste modo, são valorados negativamente em sede de inadimplemento total ou parcial ou disforme (inexato), gerando ambos a culpa”.

será reprovável, quando, pela sua capacidade e em face das circunstâncias do caso concreto, se puder concluir que o agente podia e devia ter agido de outro modo.<sup>205</sup>

De outro lado, no sistema italiano o conceito de culpa será entendido através de um modelo objetivo de conduta, incluindo tanto a vontade de ocasionar o fato lesivo, como a negligência, a imprudência, a imperícia, o descumprimento de leis, regramentos, ordens, disciplinas. A culpa consistiria em toda violação de regras de condutas que têm como finalidade a salvaguarda dos direitos alheios. A violação de tais regras de conduta são a causa adequada para a produção do evento lesivo.<sup>206</sup>

Essa posição justifica as chamadas presunções de culpa que, por si mesmas, não teriam justificação, se vistas dentro de um modelo subjetivo. Com efeito, havendo-se produzido o resultado danoso, imputa-se a falta de adoção de medidas de segurança e proteção. Em resumo, são presunções de causalidade, porque nesses casos a lei irá presumir que o chamado responsável terá causado o dano. Assim, não se trata de uma presunção de culpabilidade psicológica, mas de uma presunção de causalidade.<sup>207</sup>

Na vigência do Código Civil português de 1867, havia forte corrente doutrinária e jurisprudencial que defendia que na responsabilidade extra-contratual se deveria adotar a referência da culpa objetiva, tomando-se o parâmetro do homem médio.<sup>208</sup> Entretanto, para a culpa contratual, defendia-se que os contratantes conheciam um ao outro e sabiam exatamente o grau de cuidado e de diligência que se poderia esperar da outra parte. Aliás, essa seria uma das razões que teria levado à conclusão do negócio jurídico. Adotar parâmetro externo a este seria violar a própria vontade das partes.<sup>209</sup>

---

<sup>205</sup> VARELA. Das obrigações em geral (1998), p. 582. Nesse sentido, foi a posição inicial de VON KRIES, que exigia a verificação do que era conhecido ou podia ser conhecido pelo sujeito do evento danoso, o que leva à superposição do juízo de causalidade sobre o de culpabilidade, tomando-se aquilo que poderia ser previsto para o agente, de acordo com seu índice de culpabilidade. Cf. Orgaz. El daño resarcible (1967), p. 48.

<sup>206</sup> CORSARO. Culpa y responsabilidad civil: La evolución del sistema italiano (2000), p. 165.

<sup>207</sup> Idem, ibidem.

<sup>208</sup> Não é esse o caso de GOMES DA SILVA, que defende a consideração das características particulares do agente como critério mais justo. Cf. O dever de prestar e o dever de indemnizar, v. I. (1944), pp. 126 e ss e 142.

<sup>209</sup> VARELA. Das obrigações em geral (1998), p. 595-596.

O Código Civil português atual, todavia, expressamente consolidou o modelo da culpa objetiva, inclusive para os casos de responsabilidade contratual, dizendo em seu artigo 487: “A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso.” O propósito da nova lei é condicionar o agente a agir de acordo com as obrigações que assumiu ou que, por lei, sejam impostas. Quando o artigo 799 determina que a culpa será apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil, o legislador pretende tão somente que haja verificação da conduta do homem médio, perante o negócio jurídico do caso concreto.<sup>210</sup>

Ora, no caso da conduta médica, bem assinala ÁLVARO DIAS que a perícia que lhe será exigível é resultado de uma aptidão desenvolvida por um treinamento específico, não se contentando com o mero proceder de forma diligente e empenhada. Antes, deverá o profissional dirigir-se pelo padrão de proficiência que é legítimo se esperar, em especial quando identificado dentro de uma especialidade que se imputa dominar.<sup>211</sup> Por isso, tem se considerado necessária a dupla averiguação, tomando-se não apenas aquilo que lhe era exigível conhecer e prever, mas também aquilo que, mesmo que não exigível, era de fato conhecido pelo agente do caso concreto.<sup>212</sup>

## **2.11 Culpa como ação psíquica do agente**

Os atos culposos derivam da idéia de que o homem não pode prever e dispor do futuro. Como ensina WELZEL, somente Deus, devido à sua onisciência e onipotência, pode atuar exclusivamente de forma finalista. O homem só poderá fazer em uma escala bem limitada em sua previsão. Assim, boa parte dos resultados que alcança é causada cegamente e, por que não dizer, causalmente. Desses efeitos não finalistas encontramos pura causalidade, pois o homem não poderá prever, nem sequer evitar, por vezes, o resultado. O que o Direito exige daqueles que querem participar da vida social e, no caso do médico, atuar na prática da medicina, é um mínimo de direção finalista em suas ações, como observância da diligência necessária que dele é

---

<sup>210</sup> Idem, p. 597.

<sup>211</sup> DIAS. Culpa médica (1995), p. 30.

<sup>212</sup> ORGAZ, El daño resarcible (1967), p. 49.



esperada. O ato culposo consistirá na comissão de um ato que acarreta a lesão a um bem jurídico, pela não observância da diligência devida.<sup>213</sup>

A reprovabilidade da lei encontra-se em um defeito da vontade que permite ações imprudentes ou impede a necessária diligência das condutas humanas. O ato daquele que será responsabilizado pelo dano deverá ser moralmente imputável à pessoa, o que se dá com o conhecimento e liberdade do agente. A culpa, desse modo, se funda sempre na previsibilidade do fato lesivo que se devia evitar. A ignorância não superável terá o condão de excluir a culpa.<sup>214</sup>

Mas, como bem adverte EHRENZWEIG, a previsibilidade não é o bastante; é necessário que se verifique, no caso concreto, a possibilidade de ter evitado o resultado danoso, por meio de conduta que era de fato exigível ao agente. Não poderá ser imputada como culposa a conduta, quando não se podia exigir conduta diversa daquela, ou os riscos de uma conduta de salvaguarda eram inaceitáveis ou ainda quando os riscos da produção do resultado danoso eram aceitáveis e justificados naquele momento.<sup>215</sup>

Alerta, ainda, GOMES DA SILVA que o dever de conhecimento das normas de conduta é consequência da natureza racional do homem e, quando este age com frouxidão com relação a este dever, contraria sua própria natureza. A culpa se encontra, nesse sentido, no relaxamento das energias espirituais, o que permite a infração de uma norma jurídica, sem a intenção de o fazer ou até sem disso ter conhecimento. A culpa é a noção antitética da diligência em acepção moral. Enquanto a diligência moral é a tensão de vontade para agir conforme o dever de conduta, a culpa é a frouxidão das faculdades que deveriam ser aplicadas para a consecução desse fim. A culpa não é, portanto, mera falta de diligência, mas atitude contrária a esta.<sup>216</sup>

Nesse diapasão, ANTUNES VARELA questiona se no campo da negligência se encontra apenas a falta de cuidado, de zelo ou de aplicação (a incúria, o desleixo, a precipitação, a leviandade ou ligeireza), ou se, também, se deve inquirir sobre a falta

<sup>213</sup> WELZEL. La teoría de la acción finalista (1951), pp. 39-40.

<sup>214</sup> CORSARO. Culpa y responsabilidad civil: La evolución del sistema italiano (2000), pp. 138-139.

<sup>215</sup> EHRENZWEIG. Negligence without fault (1966), p. 1445.

<sup>216</sup> SILVA. *Op. cit.*, p. 123.

de senso, de perícia ou de aptidão (incompetência, incapacidade natural, inaptidão). Em outras palavras, o padrão do homem médio deve ser tomado para a verificação do grau de cuidado e diligência ou também para avaliação da capacidade e competência? Deve-se exigir apenas o cuidado ou, também, a correção de suas deficiências e a abstinência de práticas em que se compreenda incapaz?

Conclui VARELA que a exigência deve ser dupla e que, a despeito da injustiça que possa talvez parecer, pela imposição de responsabilidade àquele que agiu nos limites de suas forças, o direito civil não deve encontrar na culpa a legitimação para uma pena, mas apenas o parâmetro para se decidir sobre quem deverá recair o prejuízo. Nesse sentido, é mais justo que recaia sobre o causador do dano. Além disso, servirá como estímulo para que profissionais busquem o aprimoramento da técnica.<sup>217</sup>

Apesar de concordarmos com o resultado de suas conclusões, não pensamos da mesma forma com relação aos fundamentos. Parece-nos que a questão está mal colocada. Se tomarmos novamente o parâmetro da previsibilidade, aliado ao da possibilidade de se tomar conduta diversa, a exigência será apenas uma e suficiente para a mesma solução. Ora, o médico que sabe ser incapaz para determinado procedimento, tem a condição de prever os resultados de sua ação. Resta então saber se poderia agir de forma diversa. Haverá situações em que poderá dirigir o paciente a um especialista. Nesse caso, se, ao contrário, assumir tarefa à qual não estava habilitado, estará incorrendo em culpa pela simples decisão imprudente.<sup>218</sup> De todo modo, é imperativa a prova do nexo de causalidade. Não basta a comprovação de ter atuado o médico em procedimento que sabe ou deveria saber ser incapacitado, mas é imperativo que comprove também a existência do nexo de causalidade entre sua conduta e o evento danoso.

Importa também que se faça a ressalva que, por vezes, terá o médico de realizar com urgência a medida necessária e, não havendo tempo para encaminhar a outro profissional, terá de proceder dentro da limitação de seus conhecimentos e habilidades. Nesse caso, não lhe poderá ser imputada culpa, pois, ainda que tivesse

---

<sup>217</sup> VARELA. Das obrigações em geral, v. I (1998), pp. 598-602.

<sup>218</sup> BUERES. Responsabilidad civil de los médicos (1980), pp. 238-239.

condições de prever o resultado em razão de suas deficiências técnicas, não lhe era exigida conduta diversa; pelo contrário, agiu conforme seu dever no caso concreto.

De outro lado, LARENZ ressalta que, na falta de habilidade, toda atenção e cuidado que o médico pudesse empenhar não seriam suficientes para evitar o resultado. Isso se dará, por exemplo, quando desconhece uma nova técnica da medicina, por estar desatualizado. Acrescenta ainda que mais complicada se tornará a questão, quando nem sequer tiver a capacidade de avaliar, de formar um juízo de que não estava em condições de intervir naquele tratamento, em razão de suas limitações. Nesses casos, alerta o autor que a rigorosa aplicação das normas de responsabilidade civil excluiriam qualquer responsabilidade, visto que somente será imputável, quando for capaz em virtude de suas atitudes espirituais ou físicas de conhecer e realizar o que lhe era exigível. Contudo, LARENZ posiciona-se ao lado da jurisprudência alemã, defendendo um critério objetivado ou tipificado da culpa, segundo o qual à responsabilidade civil interessam somente os conhecimentos e a atitude típicos de uma pessoa pertencente a uma mesma profissão ou a idêntico grupo de pessoas. Deste modo, o que exerce a profissão de médico, deverá responder pelas atitudes e conhecimento médios apresentados por profissionais da mesma área e segundo o grau de especialização com que se identificava. Esta concepção não está de acordo com as regras ordinárias de responsabilidade civil por culpa, mas, em verdade, se aproxima da natureza da responsabilidade objetiva. Isso será necessário para o desenvolvimento das relações sociais, pois, na medida em que alguém procura um médico, confia que encontrará nesse a atitude típica de sua profissão.<sup>219</sup> Contudo, quando o médico age fora de uma relação jurídica negocial, em situações de necessidade ou de perigo, buscando prestar auxílio, não lhe poderá exigir-lhe mais do que seja capaz de realizar segundo suas habilidades individuais.<sup>220</sup>

GOMES DA SILVA, como já assinalado, considera o desconhecimento da técnica como parte da própria culpa, em expressão da contrariedade do dever de diligência em se fazer habilitado, aceitando, contudo, a ignorância quanto a objetos que o homem médio desconheça, exceto se, de forma temerária, tiver desenvolvido

---

<sup>219</sup> LARENZ. Derecho de obligaciones, v. I (1958), pp. 287-288.

<sup>220</sup> Idem, p. 289.

atividade que exigia conhecimentos especiais, sem, todavia, o ter adquirido.<sup>221</sup> Com essa última ressalva, corrobora nosso entendimento.

## 2.12 Culpa penal e culpa civil

O princípio da culpa no Direito Penal aponta para o fato de só se poder castigar onde haja um fundado juízo de culpabilidade e que a gravidade da pena corresponda à gravidade da culpa averiguada. Aqui ganha força o princípio da proporcionalidade, na medida em que a pena justa é a pena adequada ao grau de culpa.<sup>222</sup> Afinal, esta se justifica no nexo que existe entre sua necessidade para a manutenção da paz social e o princípio da culpa. Por outro lado, nos parâmetros do direito justo, a execução da pena deverá cuidar pela não destruição da personalidade, primando pela possível transformação do indivíduo, preparando-o para conduzir sua vida em liberdade como um homem expiado de sua culpa.<sup>223</sup>

No intuito de ressarcir o prejuízo e no de reprimir o delito, apresentam-se pautas diversas: no primeiro caso, a culpa se aprecia com propósito afinado em não deixar a vítima sem reparação, enquanto no segundo haverá maior rigor na valoração da prova, para que não haja condenação de um inocente. Nesse escopo, o grau de culpa exigido para a responsabilidade civil é menor do que o existente no campo penal, de modo que a sentença absolutória por falta de culpa no juízo penal não deve fazer coisa julgada no cível.<sup>224</sup>

A culpa civil poderá se dar sobre ato de outrem, seja em razão de infração do dever de vigilância (culpa *in vigilando*), seja em razão da má escolha do preposto (culpa *in eligendo*) ou mesmo por simples política judicial de responsabilidade

---

<sup>221</sup> SILVA, op. cit., pp. 97-100.

<sup>222</sup> LARENZ. Derecho justo fundamentos de ética jurídica (1990), p. 113. Importa que se faça a ressalva que a moderna doutrina penal, considera que, a despeito do inegável caráter retributivo da pena, maior relevo deve ser conferido ao seu papel ressocializador.

<sup>223</sup> Idem p. 112.

<sup>224</sup> BUSTAMANTE ALSINA. Teoría General de la responsabilidad civil (1997) p. 339. Assim também já decidiu o STJ brasileiro (...) II - A absolvição no crime, por ausência de culpa, não veda a actio civilis ex delicto.vIII - O que o art. 1.525 do Código Civil obsta é que se debata no juízo cível, para efeito de responsabilidade civil, a existência do fato e a sua autoria, quando tais questões tiverem sido decididas no juízo criminal (REsp 257.827/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 13/09/2000, DJ 23/10/2000, p. 144).

assumida no risco da atividade exercida, por meio de prepostos. O mesmo não poderá se dar na culpa penal, em que a responsabilidade decorre tão somente de ato próprio.<sup>225</sup> Na órbita penal, o médico só será responsável por ato que praticar pessoalmente, enquanto na esfera civil poderá também responder por ato de outrem, como de um outro médico, de um auxiliar ou mesmo de um aparelho, conduzindo à responsabilidade solidária do fabricante.<sup>226</sup>

SANTOS BRIZ aponta as diferenças básicas entre a culpa penal e civil: 1) não se concebe a possibilidade de responsabilidade objetiva na culpa penal, com base no risco da atividade, como ocorre no âmbito civil; 2) a culpa penal requer tipificação legal, pois, do contrário, só serão punidos os crimes dolosos; 3) a culpa penal independe da existência de um prejuízo e necessidade de reparação deste, enquanto a civil só se sustenta com esse mister; 4) a culpa penal é mais rígida que a civil, pois a imposição de uma pena exige uma perversidade maior; 5) na culpa civil, a análise do dever de cuidado se fará de maneira objetiva, sobre o que se pode esperar do homem médio<sup>227</sup>, enquanto no Direito Penal a verificação será mais individualizada, tomando em consideração aspectos particulares do autor do fato, no caso concreto.<sup>228</sup>

No Direito alemão, a responsabilidade civil é regida pelo critério da negligência objetiva, que é um princípio de culpa atenuada. Isso se justifica, porque, diferentemente do Direito Penal que reage diante do fato culpável, punindo o culpado, o Direito Civil deve preocupar-se com a distribuição justa dos danos. Aquele que inflige um dano injusto, violando um dever jurídico, estará sempre mais próximo de carregar o fardo da indenização do que aquele que em nada contribuiu. Uma rigidez menor no critério da culpa (em comparação com o Direito Penal) e uma aproximação maior da responsabilidade, orientada por critérios objetivos, se produzem no Direito alemão, porque o dolo a e a culpa só têm de referir-se à lesão de direito ou à contravenção da norma e não, também, às ulteriores consequências que se sigam para o lesionado.

---

<sup>225</sup> NORONHA. Direito das Obrigações (2007), p. 510.

<sup>226</sup> MARTINS-COSTA. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia (2005), p. 121.

<sup>227</sup> A jurisprudência americana tem constantemente utilizado o parâmetro da habilidade, diligência e conhecimento que se encontram em um *professional conceituado* (McHugh v Audet, 72 F. Supp. 394, 1947).

<sup>228</sup> SANTOS BRIZ. Unidad de concepto de la culpa civil (2000), pp. 593-596.

Basta uma imputação objetiva que se oriente em parte pela causalidade adequada e em parte, por outros critérios.<sup>229</sup>

### 2.13 Mensuração da culpa como parâmetro indenizatório

A culpa não só é elemento da responsabilidade, como também parâmetro para a gradação do *quantum debeat* a título de indenização. Quando o grau de culpa se apresenta atenuado, tanto a legislação portuguesa<sup>230</sup> como a brasileira<sup>231</sup> têm conferido a possibilidade de minoração do valor do montante indenizatório, em patamar inferior aos danos experimentados.

A tradição romanística prega uma tripartição da classificação da culpa em grave, leve e levíssima.<sup>232</sup> Culpa grave, também chamada de culpa lata, apresenta-se como uma negligência grosseira, “*nímia vel magna negligentia*”, como chamavam os romanos, que diziam consistir em “*non intelligere quod omnes intelligunt*” (Dig. 50. tit. 16. s. 213.) A culpa leve demanda uma particular negligência, aquela que um homem com prudência normal poderia cometer. Ambas serão pesadas segundo o critério do homem normal, do *bonus pater familiae*. Já à culpa levíssima, o homem de prudência normal nem sequer poderia escapar, visto que se exige uma diligência dobrada, muito além do padrão médio, para que possa ser evitada. Para não cair em culpa leve ou grave, basta agir segundo o padrão do homem médio.<sup>233</sup>

Por isso, GALVÃO TELLES objeta que tal culpa levíssima não é propriamente culpa, pois, para que surja o dever de indenizar, ao menos no ordenamento jurídico português, é necessário que se avalie a conduta segundo a diligência de um “bom pai de família”, desprezando os cuidados extremos de um “ótimo pai de

<sup>229</sup> LARENZ. Derecho justo fundamentos de ética jurídica (1990), pp. 118-119.

<sup>230</sup> Código Civil Português: “ARTIGO 494º (Limitação da indemnização no caso de mera culpa) Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.”

<sup>231</sup> “Art. 944.(...) Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

<sup>232</sup> Algumas legislações inclusive incorporaram tal definição em seu texto. É assim no Código chileno (arts. 44 e 1537), colombiano (arts. 63 e 1604) e equatoriano (arts. 39 e 1537).

<sup>233</sup> RODRIGUES. Direito Civil (2002), pp. 149-150.

família” (*diligentissimus pater familiae*). Disto segue que a culpa leve não se apresenta como verdadeira culpa, pois não pode constituir o devedor em responsabilidade (vide arts. 798, 799 e 487, no 2).<sup>234</sup>

Desse modo, quando prevista a possibilidade de minoração do montante indenizatório, perante a menor gravidade da culpa, sequer está a se referir culpa levíssima, que já é suficiente para excluir por completo o dever de indenizar, mas àquela avaliada, segundo o critério do homem mediano ou “bom pai de família”.

De outro lado, a despeito da possibilidade da verificação de uma gravidade menor da culpa ser suficiente para minorar o quantum da indenização, o inverso não se sustenta. O montante indenizatório não poderá ser fixado em valor superior ao prejuízo, nos termos do artigo 566 do Código Civil português e artigos 403 e 944 do Código Civil brasileiro.<sup>235</sup> Diversa é a perspectiva do sistema norte-americano de *torts*, fundado não só na reparação, como na prevenção, que, segundo GLEN ROBINSON, se dará sobre bases probabilísticas, incrementando os valores indenizatórios, na medida em que o risco da ocorrência do fato se torne mais provável. Isso deve dar-se na análise dos casos de dano já existentes, de forma que o esforço judicial não se pautar tão somente na averiguação do montante do dano, mas também na averiguação de

<sup>234</sup> TELLES. Direito das Obrigações (1997), pp. 356-357.

<sup>235</sup> Há, todavia, no Brasil, projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional (6960/2002), de autoria do finado deputado Ricardo Fiúza, que propõe a inclusão de um segundo parágrafo ao artigo 944 com o seguinte teor: “a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. De outro lado, o substitutivo apresentado pelo deputado Vicente Arruda critica a proposta e propõe sua rejeição alegando: “A doutrina define o dano moral de várias formas. Todas as definições, entretanto, são coincidentes no que diz respeito a ser referente ao dano de bens não-patrimoniais ou não-econômicos do lesado. Em nenhum lugar a indenização por dano moral é relacionada à pena. É justamente esse caráter de pena que ora se pretende dar quando o PL diz “adequado desestímulo ao lesante”. Além do mais, confere-se ao juiz um arbítrio perigoso porque não delimita a fronteira entre o dano efetivo e o adequado desestímulo ao cometimento de futuros atos ilícitos. Cria também um duplo critério de avaliação da indenização. O critério para cálculo do valor da indenização do dano, tanto para o material quanto para o moral, deve ser o da extensão.” O projeto original do Código de Defesa do Consumidor, ainda que timidamente, continha dispositivo que se aproximava da teoria do *punitive damages* no então vetado artigo 16 que dizia: “Se comprovada a alta periculosidade do produto ou serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável.” O fundamento do veto restou consignado nos seguintes termos: “o art. 12 e outras normas já dispõem de modo cabal sobre a reparação do dano sofrido pelo consumidor. Os dispositivos ora vetados criam a figura da ‘multa civil’, sempre de valor expressivo, sem que sejam definidas a sua destinação e finalidade”.

possíveis novas ocorrências.<sup>236</sup> É o que se convencionou chamar *punitive damages* (danos punitivos) ou teoria do desestímulo.

Ainda que se possa render louvores ao aspecto preventivo e educativo da indenização, presente em tal argumento, a teoria da *punitive damages* traz consigo o risco de promover o enriquecimento despropositado sob o manto da prevenção. CLARENCE MORRIS alerta que, no intuito de trazer uma verdadeira punição, as condenações sobre aqueles mais abastados promovem indenizações completamente desproporcionais ao tamanho do dano, permitindo verdadeiro enriquecimento sem causa do lesado. O processo se torna um investimento, um negócio lucrativo. Em casos de solidariedade tal problema poderá ser agravado, pois no intuito de punir um réu de grande fortuna, trará sobre o co-réu condenação em valor totalmente despropositado, tanto do ponto de vista compensatório como do punitivo, sem qualquer interesse social que o sustente.<sup>237</sup>

Na perspectiva jurisprudencial, os Tribunais de Justiça brasileiros têm aplicado a teoria do *punitive damages* a fim de arbitrar, além do valor compensatório do montante da indenização, o que também for necessário, a fim de servir como desestímulo da conduta.<sup>238</sup> No Superior Tribunal de Justiça brasileiro, há divergência

<sup>236</sup> ROBINSON. Probabilistic causation and compensation for tortuous risk (1985), pp. 794-796.

<sup>237</sup> Cf. MORRIS. Punitive damages in tort cases (1930-1931). Em ilustrativo caso da grande distorção que tem sido assumida pela teoria, encontra-se o *leading case* Ira Gore vs. BMW of North America, Inc, em que o autor ingressou com ação indenizatória por ter comprado um BMW novo que futuramente se demonstrou ter sido repintado. A BMW não negou o fato e argumentou que sua política é de venda ao preço de usado quando o conserto necessário atinge mais de 3% do veículo. Como no caso o prejuízo não ultrapassava mais de 1,5% considerou-se dentro da margem para venda como novo. O Tribunal do Júri de Birmingham aceitou o pedido e condenou à indenização de US\$ 4 milhões. A suprema corte do Alabama reduziu o valor para US\$ 2 milhões. Contudo, a Suprema Corte dos Estados Unidos recebeu o recurso “in order to illuminate the character of standard that will identify constitutionally excessive awards of punitive damages”. Ao final, considerou o valor conferido ao caso concreto extremamente excessivo e carente dos parâmetros constitucionais.

<sup>238</sup> TJSP APC 9062572-92.2007.8.26.0000, Relator Soares Levada, Comarca de Jundiaí, 11ª Câmara de Direito Privado, julgado em 25/11/2010; TJSP APC 9075472-44.2006.8.26.0000, Relator Soares Levada, Comarca de São Paulo, 11ª Câmara de Direito Privado, julgado em 25/11/2010; TJDF, 20000150036043APC, Relator LECIR MANOEL DA LUZ, 4ª Turma Cível, julgado em 01/10/2007, DJ 22/11/2007 p. 350; TJDF 20080110865615ACJ, Relator ARILSON RAMOS DE ARAUJO, PRIMEIRA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO DF, julgado em 30/08/2010, DJ 02/09/2010 p. 263; TJPR - 9ª C.Cível - AC 0572128-2 - Maringá - Rel.: Juíza Subst. 2ª G. Denise Hammerschmidt - Unânime - J. 28.05.2009.



entre a Primeira Seção que aplica o caráter punitivo do dano moral<sup>239</sup> e a Segunda Seção que, categoricamente, tem negado aplicabilidade aos *punitive damages*.<sup>240</sup>

Ainda é preciso considerar que a aferição do grau de culpa poderá ser utilizada como critério para distribuição da responsabilidade, em situações em que se possa imputar a mais de um agente, parcelas de contribuição para a ocorrência do resultado (*concausas cumulativas*). Nesse sentido, dois sistemas se destacam, conferindo perspectivas distintas: o da *paridade* e o da *avaliação da gravidade da culpa*.

Para o sistema da paridade, a distribuição do prejuízo se dará de forma igualitária, de modo que o prejuízo será distribuído de forma idêntica dentre os causadores do dano. Se a vítima concorre para o evento danoso, deverá, por sua vez, responder pela metade do prejuízo. Ainda que já tenha sido presente na prática jurisprudencial brasileira<sup>241</sup>, em especial na vigência do Código Civil de 1916, atualmente sua aplicação tem se restringido a situações em que não se faça possível a verificação do grau de culpabilidade de cada agente.<sup>242</sup>

Já no sistema de avaliação da gravidade da culpa, o *quantum debeatur* deverá ser ponderado de acordo com o grau de gravidade da culpa. É o que prevê o Código Suíço, em seu artigo 43: “O juiz determina o modo e a extensão da reparação segundo as circunstâncias e a gravidade da falta”.<sup>243</sup> Esse entendimento também tem sido encontrado na jurisprudência brasileira.<sup>244</sup> Ocorre que, em muitas vezes, o agente que atuou com maior grau de culpa não foi aquele que mais contribuiu para a produção do resultado. O grau de influência no nexo de causalidade não caminha ao lado da

<sup>239</sup> REsp 715320/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/08/2007, DJ 11/09/2007, p. 209; REsp 910.794/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 04/12/2008; EDcl no REsp 845.001/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 24/09/2009; REsp 971.976/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 22/04/2009.

<sup>240</sup> AgRg no Ag 850.273/BA, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 24/08/2010); REsp 210.101/PR, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 09/12/2008; REsp 401.358/PB, Rel. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 16/03/2009; REsp 447.431/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/03/2007, DJ 16/08/2007 p. 285.

<sup>241</sup> STJ 4a T, REsp 284499/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28.11.2000, v.u., DJ 05.03.2001, p. 174, Tj/SP 2ª Câ. De Dir Priv., AC 52. 679-4/Bariri, Rel. César Peluso, j. 24.11.1998.

<sup>242</sup> SAMPAIO DA CRUZ. O problema do nexo causal na responsabilidade civil (2005), p. 236.

<sup>243</sup> ALBERTO DÍAZ. Responsabilidade Coletiva (1998), pp. 32-31.

<sup>244</sup> STJ, 4a T, REsp 318992/MG, Rel. Min., César asfor Rocha, j. 18.04.2002, v.u. DJ 10.09.2002, p. 264

ponderação da reprovabilidade da conduta. Além disso, não é função do Direito Civil punir o responsável pelo ato ilícito, ao menos no sistema civilista que não adota os danos punitivos do Direito anglo-americano, como visto. Nesse sentido, adverte AGOSTINHO ALVIM: “A lei não olha para o causador do prejuízo, a fim de medir-lhe o grau de culpa e, sim, para o dano, a fim de avaliar-lhe a extensão.”<sup>245</sup> Ou ainda, como ensina PONTES DE MIRANDA: “Pesam-se danos em relação a causas, e não causas ou graus de causa, o que seria medir-se o qualitativo.”<sup>246</sup>

Por isso, melhor é computar-se o montante indenizatório de acordo com a avaliação do nexo de causalidade, imputando maior participação àquele que mais contribuiu para o resultado danoso. O dolo do ofendido que em nada contribuiu ao resultado, ou mesmo a culpa de um terceiro que não participou do nexo de causalidade, não devem ser considerados. Esses e outros protagonistas deverão ser tomados na análise da concorrência de culpa, que melhor se exprimirá nas regras jurídicas de concorrência na causação do resultado.<sup>247</sup> Esse é o sentido do § 254 do Código Civil alemão, BGB, que submete a apreciação do valor a ser indenizado à verificação da participação atribuída a cada agente.<sup>248</sup> Também essa é a letra do artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor que, ao tratar da ação de regresso de um dos coobrigados a indenizar contra os demais estabelece como critério “a participação na causação do evento danoso”.

---

<sup>245</sup> AGOSTINHO ALVIM. Da inexecução das obrigações e suas consequências (1980), p. 199.

<sup>246</sup> MIRANDA. Tratado de Direito Privado, v. 22 (1958), p. 206.

<sup>247</sup> Idem, p. 202.

<sup>248</sup> Cf. DA CRUZ, op cit., pp. 329-341.

### CAPÍTULO 3

#### ALINHAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

##### 3.1 Escopo da imputação do dever de reparar

A responsabilidade civil, na concepção moderna, não tem sua ótica voltada à pessoa do agente causador do dano, a fim de castigá-lo por ter incorrido em culpa, mas à vítima, de modo a reparar-lhe o dano que injustamente sofreu. Nesse sentido, a responsabilidade individual tende a converter-se em uma responsabilidade social, organizando-se os meios, para que uma participação coletiva garanta a reparação dos danos que as condições da vida moderna impõem.<sup>249</sup> A norma jurídica irá desenvolver, ao mesmo tempo, a função de desestímulo da imprudência (função preventiva) e de ressarcimento do dano à vítima de um fato injusto (função reintegrativa).<sup>250</sup>

A responsabilidade é o fator mediador entre a liberdade do homem de agir e a culpa existente, quando da violação do *dever-ser*. O homem ao agir, ao realizar suas escolhas, define-se a si mesmo, se encontra nesse momento com as conseqüências de tais escolhas. Pela responsabilidade, imputa-se ao *ser-livre* o seu próprio comportamento, sua ação ou omissão. A responsabilidade terá qualificações de culpa, portanto, com potencialidade de gerar o dever de indenizar, sempre que haja violação de determinações do *dever-ser* e que, como tal, já pertencem ao seu próprio *ser*.<sup>251</sup> O princípio da culpabilidade se modifica pela idéia de um dever típico de garantia da existência das capacidades típicas do grupo. Atrás dele se encontra o princípio da confiança.<sup>252</sup>

Reparar e restituir compreendem a recomposição natural e a recomposição pelo equivalente. Os suportes fáticos das regras jurídicas sobre indenização, em algumas vezes, exigem a prova da culpa; em outras, demandam tão somente o nexo

---

<sup>249</sup> BUSTAMANTE ALSINA. Teoría General de la responsabilidad civil (1997), p. 101.

<sup>250</sup> Trimarchi. Causalità e danno (1967), p. 10.

<sup>251</sup> DIAS. Liberdade e culpa Direito Penal (1983), p. 152.

<sup>252</sup> LARENZ. Derecho justo fundamentos de etica jurídica (1990), p. 116.

causal entre o ato e o dano.<sup>253</sup> Se o devedor não presta o que deve, comete, a princípio, ato ilícito relativo (porque derivado de uma relação jurídica prévia), do qual se irradia o efeito de ter de prestar o sucedâneo. Se houvesse faculdade, seria tão somente no mundo fático, e não como solução conferida pelo direito (*facultas solutionis*), nem, tão pouco, alternância de prestação.<sup>254</sup>

A indenização quanto a bens não patrimoniais, como ocorrerá em casos de erro médico, não substitui, apenas satisfaz. O corpo e a psique não são elementos do patrimônio, mas encontram-se como fatores de produção e crescimento de valores patrimoniais. Quem resta impossibilitado ao trabalho, deixa de auferir renda e aumentar seu patrimônio. O mesmo efeito ocorrerá quanto ao incremento de gastos com necessidades advindas, em razão do dano causado.<sup>255</sup> Igualmente digna de tutela é a reparação pelos danos que não guardam qualquer repercussão patrimonial, como a dor sofrida pela morte abreviada de um ente querido ou o dano estético causado por uma cirurgia mal sucedida.<sup>256</sup>

A responsabilidade médica encontra-se em meio ao intrincado problema de uma situação de risco já gerada pela própria enfermidade; das limitadas, mas crescentes capacidades da ciência de alterar a inércia da condição humana, desacelerando os impulsos de maior ou menor força, direcionados para o ponto a que cedo ou tarde todo ser humano chegará, no fim da jornada. A ousadia do profissional médico poderá representar o diferencial para atingir aquilo que outros, mais tímidos e conservadores, não teriam alcançado. De outro lado, poderá ser exatamente o fator caracterizador da infração da *lex artis*. Acrescente-se a isso o direito de autodeterminação concedido a todo ser humano, as concessões e assentimentos

---

<sup>253</sup> DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado, v. 22 (1958), p. 181.

<sup>254</sup> Idem, p. 182, citando RUDOLF SOHM, Der Begriff des Forderungsrechts, Grünhuts Zeitschrift, IV, 472.

<sup>255</sup> Idem, p. 190-191.

<sup>256</sup> A depender do dano sofrido, haverá afastamento forçado das circunstâncias normais de vida do sinistrado. Os filhos são entregues aos cuidados de familiares ou vizinhos, as responsabilidades profissionais são comprometidas, com expressão maior nos comerciantes que perdem o controle do negócio e nos profissionais liberais (médico, advogado, dentista) que abandonam a clientela, a qual poderá ser perdida definitivamente para outro concorrente. ALBUQUERQUE; SEIÇA; BRIOSA. Dor e dano osteoarticular (1995), p. 75.

contratuais, as expectativas geradas no paciente e em seus familiares e todas as dimensões das insondáveis características e reações da máquina humana, em sua imensa complexidade e diversidade dentre seus semelhantes.

### 3.2 Responsabilidade contratual e aquiliana

A responsabilidade aquiliana consiste na violação de interesses alheios, segundo o dever social genérico de *alterum non laedere*, que se apresenta em uma situação de fato, dentro do que EMILIO BETTI denomina “contrato social entre duas esferas de interesses contíguos”.<sup>257</sup> A culpa aquiliana se dará na omissão voluntária, mas realizada sem malícia, do dever de diligência nas relações humanas, mediante a qual se poderia ter evitado um resultado contrário ao direito e não desejado.

De outro lado, a culpa contratual consistirá em uma ação ou omissão voluntária, realizada também sem malícia, que impede o cumprimento normal de uma obrigação contratual. Agora, diversamente da culpa aquiliana, há uma relação jurídica prévia ao evento danoso e este deriva de um agir contrário aos deveres dessa relação.<sup>258</sup>

BUERES ressalta, outrossim, que em ambas as responsabilidades há um dever previamente estabelecido, com a diferença de que, na responsabilidade aquiliana, a obrigação não deriva de um contrato, mas da lei. A culpa em si será sempre uma omissão das diligências necessárias ao cumprimento de uma obrigação.<sup>259</sup> A imputação de culpa também se dará em casos de ignorância de deveres contratuais ou legais, quando tal desconhecimento se deu em razão de uma atitude negligente.<sup>260</sup>

A doutrina tem assinalado algumas diferenças substanciais entre os dois modelos de responsabilidade: 1) a imputação obrigacional opera em violação de normas específicas, enquanto na imputação aquiliana haverá infração de deveres

---

<sup>257</sup> BETTI. Teoria Geral das Obrigações (2006), p. 127.

<sup>258</sup> Cf. SANTOS BRIZ. Unidad de concepto de la culpa civil (2000), pp. 588-599. Nesse sentido, a responsabilidade contratual pressupõe capacidade para contratar, o que exclui todos os incapazes da possibilidade de cometerem um ato culposo contratual

<sup>259</sup> BUERES, Responsabilidad civil de los médicos (1980), p. 193.

<sup>260</sup> LARENZ. Derecho de obligaciones, v. I (1958), p. 289.

genéricos; 2) a responsabilidade contratual pressupõe um desrespeito a uma situação relativa ou relação jurídica, enquanto a delitual implica violação de posições absolutas; 3) na responsabilidade obrigacional há violação de norma que, ontologicamente, sustentava o bem protegido pelo Direito; já na responsabilidade aquiliana, a violação atinge apenas aspectos condicionais de um aproveitamento, assegurado por outro tipo de regra;<sup>261</sup> 4) as cláusulas de exclusão ou atenuação da responsabilidade são permitidas na responsabilidade contratual, enquanto na delitual são radicalmente nulas; 5) quanto à culpa, esta se presume na obrigação contratual com o mero inadimplemento, cabendo ao devedor a prova de fato alheio ao seu controle, o que não ocorrerá na responsabilidade aquiliana em que a culpa, em regra, deverá ser demonstrada, ressalvados os casos de responsabilidade objetiva previstos em lei.<sup>262 263</sup>

Em uma concepção contratualista, o serviço técnico e bem executado do médico consiste na própria prestação contratual, de modo que erro médico corresponde ao inadimplemento da prestação devida.<sup>264</sup> O fato típico da infração “contratual” será identificado por meio da relação obrigacional, em que a falta de adimplemento (exato e pontual) por parte de um configura uma infração em face do outro. Nesse caso, verifica-se que a responsabilidade existe antes da infração, originada pelo próprio contrato. Já na infração extracontratual, aquiliana, a responsabilidade se dará somente com a lesão do interesse.<sup>265</sup>

Nos quadros da culpa contratual e culpa extracontratual, o ônus da prova tomará diferentes distribuições. Na culpa aquiliana, o credor terá o ônus de comprovar

<sup>261</sup> Cf. CORDEIRO. Da responsabilidade dos administradores das sociedades comerciais (1997), pp. 488 e 489.

<sup>262</sup> Cf. LIMA. A responsabilidade civil pelo fato de outrem (2000), p. 218.

<sup>263</sup> No Direito Civil português, as diferenças essenciais entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual são: 1) ressarcibilidade dos danos patrimoniais primários (art. 483º, nº 1, vs. Art 798º); 2) ônus da prova da culpa (art. 487º, nº 1, VS., art 799º); 3) regime da obrigação de indenizar nos casos de pluralidade de devedores (arts. 497º e 507º VS art. 799º); 4) responsabilidade pelos atos de auxiliares (art. 500º, VS. Art. 800º); 5) redução da indenização em caso de mera culpa (art. 494º); 6) prazos prescricionais (na responsabilidade contratual, 20 anos, art. 309º, e na responsabilidade extracontratual 3 anos, art 498º). OLIVEIRA. Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde (2005), p. 166. No Direito Brasileiro, pode-se também ilustrar como repercussão prática do enquadramento que concluindo-se pela aplicação exclusiva da responsabilidade contratual, teremos que a contagem dos juros se dará apenas a partir da data da citação, de acordo com o artigo 405 do Código Civil brasileiro e Súmula 163 do Supremo Tribunal Federal, diversamente do que ocorre no regime geral da responsabilidade civil, em que os juros contarão da data do ato ilícito, conforme artigo 962 do mesmo diploma e Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>264</sup> THEODORO JR. Responsabilidade civil por erro médico (2000), p. 119.

<sup>265</sup> BETTI. Teoria Geral das Obrigações (2006), p. 157.

a culpa geradora do comportamento imputado como causa do evento danoso. Tratando-se, todavia, de inadimplemento contratual, basta que o credor prove o fato objetivo do inadimplemento, cabendo ao devedor a prova de superveniência de um impedimento por causa estranha à sua esfera de controle, por causa a ele não-imputável.<sup>266</sup> Nos termos do art. 799º, 1, do Código Civil português, “incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua.”

Não se pode, contudo, entender com isso que a responsabilidade contratual exclui qualquer discussão a respeito da culpa. Como bem pondera GALVÃO TELLES, a culpa do devedor presume-se sempre que houver o inadimplemento, para que se possa conferir maior consistência ao vínculo creditório, mas isso não implica uma responsabilidade objetiva, pois permanece o devedor com a possibilidade de provar que a falta de cumprimento não decorre de sua culpa.<sup>267</sup>

É necessário, para a configuração da culpa contratual, que o fato danoso ocorra dentro da estrita prática do pactuado como preciso desenvolvimento do conteúdo negocial, pois, tratando-se de negligência estranha ao que constitui propriamente matéria de contrato, terá essa culpa seus efeitos próprios.<sup>268</sup> Por isso, assevera SANTOS BRIZ que a culpa extracontratual obriga a uma diligência maior que a contratual, a qual tem sido considerada sinônima de omissão de diligência, de modo que a averiguação da culpa *strictu sensu* fica por conta da responsabilidade extracontratual.<sup>269</sup>

Para FERNANDO NORONHA deve-se considerar o objeto da obrigação. Tratando-se de bens indisponíveis, em que não se poderá versar sobre excludentes, relativizações e minorações da responsabilidade, o regime da responsabilidade geral (aquiliana) deve impor-se.<sup>270</sup> Ressalte-se que não é outro o caso a que estamos tratando, tendo em vista a indisponibilidade da vida e da incolumidade física.

Modernamente, tem-se caminhado para a compreensão de que a responsabilidade, até então chamada extracontratual, não é simplesmente aquela que

---

<sup>266</sup> Idem, pp. 165-166.

<sup>267</sup> TELLES. Direito das Obrigações (1997), pp. 359-360.

<sup>268</sup> SANTOS BRIZ. Unidad de concepto de la culpa civil (2000), p. 591.

<sup>269</sup> SANTOS BRIZ. Responsabilidade Civil (1981), pp. 41-42.

<sup>270</sup> NORONHA. Direito das Obrigações (2007), p. 502.

fica além das relações contratuais, mas é o “regime-regra” da responsabilidade civil.<sup>271</sup> Nesse escopo, desenvolve-se o primado da “unidade de culpa civil”. Sempre que se aperceber um descumprimento de obrigação contratual, concomitante à falta de um dever de cuidado geral, resultante em um ato ilícito independente dos deveres estabelecidos contratualmente, poderá o lesado optar entre ação reparatória fundada em responsabilidade aquiliana ou contratual. Admite-se, pois, concorrência de culpa pelos mesmos fatos. O julgador deverá buscar o caminho que melhor se adapte ao completo ressarcimento dos prejuízos sofridos pela vítima.<sup>272</sup>

Ao se estabelecer que a previsibilidade do dano é elemento essencial da culpa<sup>273</sup>, seria forçoso concluir que qualquer circunstância estatisticamente rara levaria à responsabilidade do médico pela morte ou lesões causadas ao paciente. A perspectiva unitária, que torna supérflua qualquer tipificação da responsabilidade como aquiliana ou contratual, confere o equilíbrio necessário ao julgador. Enquanto a primeira está fundada na culpa que carrega como elemento formador a previsibilidade do evento danoso, na responsabilidade contratual é suficiente o inadimplemento.<sup>274</sup> Na apreciação do caso concreto a distinção se faz prescindível, não porque suas regras sejam iguais, mas porque o tribunal poderá usá-las de maneira funcional, de acordo com o objetivo que se pretende atingir.<sup>275</sup>

TEIXEIRA DE SOUSA leciona que não há concorrência de culpas, muito menos relação de especialidade dentre elas. O que de fato há é uma concorrência de títulos de aquisições ou pretensões. O professor lusitano vai além, concebendo em razão disso, a possibilidade de se valer não só da escolha de qualquer das modalidades,

---

<sup>271</sup> Cf. NORONHA. Direito das Obrigações (2006), pp. 430-431. O autor assevera que “...a bipartição ‘responsabilidade contratual’ e ‘extracontratual’ reflete um tempo passado, o da elaboração da distinção (o século XVIII, época de formação do novo sistema econômico capitalista, com a atenção voltada para a tutela das transações comerciais), em que se dava máximo relevo às obrigações assumidas no âmbito da autonomia provada, relegando a lugar secundário as ‘não contratuais’.”

<sup>272</sup> SANTOS BRIZ. Unidad de concepto de la culpa civil (2000), p. 597-598.

<sup>273</sup> Essa, alias, é a letra expressa do artigo 1225 do Código Civil Italiano.

<sup>274</sup> ZENO-ZENCOVICH. Una commedia degli errori? La Responsabilità medica fra illecito e inadempimento (2008), p. 316.

<sup>275</sup> Idem, p. 336.



como também de ambas, concomitantemente. Ao réu caberá defender-se contra cada uma delas.<sup>276</sup> Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça português:

“Assistirá, pois, ao lesado uma dupla tutela (tutela contratual e tutela delitual), pois que o facto ilícito pode representar, a um tempo, violação de contrato e ilícito extracontratual. Tal tipo de danos, advenientes do defeituoso cumprimento da panóplia de obrigações assumidas, são pois e de per si, mesmo na falta de contrato, por natureza reparáveis em sede extracontratual, porquanto tradutores de violação culposa de direitos absolutos. Segundo Rui de Alarcão, em todas estas situações existirá um único dano, produzido por único facto. Só que este, além de constituir violação de uma obrigação contratual, é também lesivo do direito absoluto à vida ou à integridade física (cfr. “Direito das Obrigações”, p. 210). Daí que deva entender-se “que a lei tenha querido fornecer ao contraente, como tal, um instrumento ulterior de defesa do seu interesse, sem lhe subtrair aquela defesa geral que lhe compete independentemente da sua qualidade especial de parte num contrato” (sic).<sup>277</sup>

De outro lado, BUSTAMANTE ALSINA pondera que o que se tem reconhecido não é a possibilidade de acumular ambas as responsabilidades. Não se deve permitir que um contratante, que tenha sido lesado pelo inadimplemento, invoque, ou mais propriamente, cumule ambas as responsabilidades. Nesse caso obteria um duplo ressarcimento. Ao contrário, o que se faz possível é eleger entre uma ou outra

<sup>276</sup> Cf. SOUSA. O concurso de títulos de aquisição da prestação (1988), p. 136-159. No mesmo sentido, assevera ALVINO LIMA ser a opinião de VAN RYN. Responsabilité aquilienne et contrat. Paris: Syrey, p. 136 e 194, apud ALVINO LIMA. A responsabilidade civil pelo fato de outrem (2000), p. 244.

<sup>277</sup> STJ. Acórdão de 07/10/2010, Proc. nº 1364/05.5TBCL.G1, 6ª Secção. Rel. Ferreira de Almeida. Em outra ocasião, afirmou o mesmo tribunal: “I - A responsabilidade civil médica admite a responsabilidade contratual, ou seja, a que deriva de uma obrigação em sentido técnico e a extracontratual ou aquiliana que resulta da violação de um dever geral de abstenção contraposto a um direito absoluto (no caso direito de personalidade). II - Na actuação do médico, o não cumprimento pelo mesmo dos deveres de cuidado e protecção a que está obrigado, podem ser causa de responsabilidade contratual, na medida em que viola deveres laterais a que contratualmente está obrigado, mas também causa de responsabilidade delitual, na medida em que a referida violação represente igualmente um facto ilícito extracontratual. III - Não sendo pacífica a questão de saber qual das responsabilidades prevalece nem a de saber se o lesado pode recorrer a qualquer uma delas, uma doutrina e jurisprudência maioritária têm entendido que, gozando o lesado da tutela extracontratual, poderá o mesmo optar pelo regime que lhe for mais favorável (22-02-2005 - Revista n.º 4055/04 - 1.ª Secção - Pinto Monteiro (Relator), Lemos Triunfante e Reis Figueira).”

Também do mesmo tribunal o seguinte trecho de acórdão: “I - A responsabilidade civil médica pode apresentar - e será, porventura, a situação mais frequente - natureza contratual, assentando na existência de um contrato de prestação de serviço, tipificado no art. 1154.º do CC, celebrado entre o médico e o paciente, e advindo a mesma do incumprimento ou cumprimento defeituoso do serviço médico. Mas também pode apresentar natureza extracontratual, *prima facie* quando não há contrato e houve violação de um direito subjectivo, podendo ainda a actuação do médico ser causa simultânea das duas apontadas modalidades de responsabilidade civil” (STJ. Acórdão de 27/11/2007. Processo. nº 07A3426, Rel. Rui Maurício).

responsabilidade.<sup>278</sup> No esteio de BONVICINI, não se trata de concurso de responsabilidades, mas de um concurso de ações, visto que único é o fato, únicos os sujeitos, único o escopo da ação: o ressarcimento do dano.<sup>279</sup>

ALMEIDA COSTA critica qualquer tentativa de se permitir o uso em conjunto ou alternado de ambos os sistemas de responsabilidade, sem um prévio e, a seu ver, necessário enquadramento. Para o autor, não se justificaria uma duplicação de ações ou concorrência de pretensões, visto que desaguiariam em uma dupla indenização, o que por óbvio, é inconcebível. Também inaceitável seria o sistema de ação híbrida, proposta por DE CUPIS, pois se afiguraria substancialmente injusto que o lesado se beneficiasse das vantagens de um sistema, sem assumir o ônus do mesmo. Trata-se, segundo ALMEIDA COSTA, de concurso aparente, legal ou de normas, visto tratar-se, em realidade, de uma única conduta, tutelada por um único regime. A solução deve se pautar por um critério teleológico, que atenda ao juízo de valor e à função da norma. Nesse prisma, impera o princípio da autonomia privada, que permite às partes fixar as regras que irão reger suas relações. Assim, em uma situação concreta, se, a princípio, se fizer possível a aplicação paralela de ambos os regimes, há se de optar pelo ilícito contratual, visto que o regime da responsabilidade contratual “consume” o da extracontratual. Nisto se traduz o princípio da consunção.<sup>280</sup>

### 3.3 Tipificação da responsabilidade civil médica

A despeito de todo o asseverado quanto à complementariedade de ambos os sistemas de responsabilização, para fins meramente classificatórios, entende-se

---

<sup>278</sup> BUSTAMANTE ALSINA. Teoría General de la responsabilidad civil (1997), p. 90. Mais à frente o autor arremata: “Por nuestra parte, desde el principio hemos expuesto la teoría general de la responsabilidad civil como un criterio unitario, teniendo en cuenta que los elementos o presupuestos del deber de indemnizar el daño que se le ocasiona al acreedor por el incumplimiento de la obligación impuesta al deudor en un contrato, son los mismos del deber resarcitorio que incumbe al autor de un acto ilícito por el daño causado a la víctima; de allí también que las reglas legales aplicables son fundamentalmente iguales. Lo relevante de ambas situaciones jurídicas es la necesidad de reparar el daño que sufre el damnificado. Esta exigencia de justicia es el punto de partida de la responsabilidad civil, y ello explica que las bases sobre las que erige el sistema sean las mismas cualquiera sea el ámbito en que se origina (p. 99).

<sup>279</sup> BONVICINI. La responsabilità civile (1971), p. 731.

<sup>280</sup> COSTA. Direito das Obrigações (2001), pp. 502-504.

possível, como tem feito a maior parte da doutrina,<sup>281</sup> afirmar que a responsabilidade médica será contratual na maioria dos casos, a qual dispensa qualquer forma rígida, bastando a procura do paciente pela prestação do serviço, na expectativa de que seja bem realizado.<sup>282</sup> Tratando-se, todavia, de instituições públicas de saúde, não há de se falar em contrato, pois se trata de desempenho de função estatal (arts. 23, II, 24, VII, 30, VII, 196 e 198, da CF brasileira e art. 22º da Constituição portuguesa). PENNEAU ressalta que na relação do paciente perante um hospital público não há liberdade de contratação, mas simples obediência a regras de administração, contidas dentro do regime de direito público, independentemente da vontade do paciente.<sup>283</sup> O mesmo ocorrerá, se a relação médico-paciente é imposta coativamente ao último por disposição legal ou administrativa (como é o caso do exame médico para ingresso no serviço militar ou pré-admissional para um emprego).<sup>284</sup>

De uma forma geral, nos caso de serviços médicos oferecidos de maneira impessoal por um hospital, o que se sustenta não é a relação contratual própria do médico com o paciente, orientada pela obediência a seu dever de conduta, mas sim da própria organização hospitalar.<sup>285</sup> ÁLVARO DIAS fundamenta a natureza contratual com o

<sup>281</sup> Nesse sentido: ZENO-ZENCOVICH, Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento (2008), p 307-308; ROCHA. A responsabilidade civil decorrente do contrato de serviços médicos (2005), pp. 120-121; GIOSTRI. Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação (2003), p. 127; BARBOZA. Responsabilidade civil médica no Brasil (2005), p. 80; LORENZETTI. Responsabilidad civil de los médicos, PP. 377-383; THEODORO JR. Responsabilidade civil por erro médico (2000), p. 114; REIS. Os danos morais decorrentes da atividade do médico, p. 234.

<sup>282</sup> Já em 1932, a corte de cassação francesa assim tinha se pronunciado, Civ,m 8/02/1932, Gaz. Paf., 1932, 1.734. Também na argentina essa é a posição predominante: CNEsp. Civ. Y Com., Sala I, 3/6/87, “Cusa de Pirro, Ángela c/ Dorfsman, Wolf e outros. RepLL, 1989-586; La CNCiv., Sala D, 9/8/89, “Fernández Russo, Miguel c/ Hospital José Ramos Mejía”, JÁ 1990-II-61, etc. Inclusive em alguns casos a jurisprudência tem reconhecido a responsabilidade contratual em casos de espontânea assistência médica (Cf. RespLL, 1980-729, 1982-727-1983-665, 1984-672, 1986-571; Rep ED, 1981-588, 1984-639, 1887-890; RepJA, 1982-228, 1986-267, etc.), sendo, inclusive uma das conclusões do li Congresso Internacional de Dieito de danos : (Despacho 3, Comissão II): “La responsabilidad profesional, por regla general, es de fuente contractual”, apud URRITA.

<sup>283</sup> PENNEAU. La réforme de la responsabilité médicale : responsabilité ou assurance (1990), p. 528. Nesse sentido, também tem entendido o Supremo Tribunal de Justiça português: “III - Por isso mesmo, nos serviços prestados por entidades que operem ao abrigo do serviço nacional de saúde ou que com ele tenham protocolo, a responsabilidade civil operará para com o utente ao nível da responsabilidade extracontratual” (09-12-2008 - Revista n.º 3323/08 - 1.ª Secção - Mário Cruz (Relator) \*, Garcia Calejo e Hélder Roque).

<sup>284</sup> JEOVÁ SANTOS. Dano moral indenizável (2001), p. 269.

<sup>285</sup> Situação peculiar se encontra na França, com as “*clínicas ouvertes*”, criadas pelo decreto de 17 de abril de 1943, que funcionam dentro do hospital público, mediante autorização administrativa, utilizando de toda sua estrutura, contudo, sob os mesmos princípios de uma instituição privada. Os

hospital, seja com apelo ao instituto do contrato de adesão, seja pela figura das relações contratuais de fato (*“faktische Schuldverhältnisse”*) e mais especificamente às relações de massas (*“Massenverkehr”*), como resultado de um comportamento social típico (*“Sozialtypisches Verhalten”*).<sup>286</sup>

Do mesmo modo, defende FORCHIELLI que ao hospital será conferida obrigação contratual por danos causados pelo paciente em razão de erros médico, mas na relação médico-paciente, a responsabilidade deverá ser tomada como aquiliana, em razão da inexistência de um contrato próprio entre as partes.<sup>287</sup> Para PARADISO deve haver um concurso de responsabilidades. Não se pode negar o caráter contratual, seja porque dependente da estrutura dos serviços de saúde, seja em razão de uma emergência. Mas a voluntária assunção de um vínculo não exonera o sujeito de observar as cautelas ordinárias de cuidado da vida, podendo o médico responder por danos derivados de ilícito extracontratual.<sup>288</sup>

BUSTAMANTE ALSINA considera ainda outras três situações em que a responsabilidade do médico resta totalmente excluída do campo contratual: 1) quando os serviços são prestados contra a vontade do paciente, como é o caso do suicida que recebe auxílio médico; 2) quando o médico comete um crime contra uma pessoa, seja ou não paciente; e, 3) quando o serviço médico é requerido por pessoa diversa do paciente, não havendo relação contratual com este.<sup>289</sup> Esse último caso ocorrerá sempre que os cuidados forem requeridos pelo representante legal de um incapaz de fato, sem condições de comunicar-se para obter o devido consentimento.<sup>290</sup>

A esses casos, devem-se acrescentar as hipóteses de intervenção sem assentimento do paciente ou de seus representantes legais (situação de emergência<sup>291</sup> em que encontre o vitimado em estado de inconsciência) ou mesmo quando se

---

doentes têm a liberdade de escolher com qual médico pretendem se tratar, o qual fixará os honorários livremente e os receberá diretamente.

<sup>286</sup> DIAS. Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade médica (1993), p. 41.

<sup>287</sup> FORCHIELLI. Responsabilità civile (1970), p. 90.

<sup>288</sup> PARADISO. La responsabilidad medica: dal torto al contratto (2001), p. 339.

<sup>289</sup> BUSTAMANTE ALSINA. Teoría General de la responsabilidad civil (1997) p. 517.

<sup>290</sup> Cf. BUERES, Responsabilidad civil de los médicos (1980), p. 75.

<sup>291</sup> A lei argentina regulatória do exercício profissional obriga a prestação de serviços médicos quando: “la gravedad de su estado así lo imponga y hasta tanto, en caso de decidir la no prosecución de la asistencia, sea posible delegarla en otro profesional o en el servicio público correspondiente” ( art. 19, inc. 2º, da Lei 17.132).

identifique patente vício de validade do contrato, como na ocorrência de manipulações do genoma humano ou de tráfico de órgãos.

O objeto do contrato médico-paciente não se restringe, em todo caso, ao emprego de meios técnicos, mas constitui uma complexa gama de atividades profissionais que compreende outros comportamentos, classificáveis de acordo com regras de correção, de diligência, de boa fé e de deontologia profissional.<sup>292</sup> Por essa razão, ainda mais problemática é a tipificação da relação jurídica travada entre médico e paciente.<sup>293</sup> Diante de tais complexidades, NORONHA se refere a uma

---

<sup>292</sup> DIAS. Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade médica (1993), p. 49.

<sup>293</sup> BUERES, em minucioso estudo, expõe a grande divergência doutrinária quanto à natureza jurídica da relação contratual travada entre médico e paciente. Certos juriconsultos, ainda com resquícios do Direito Romano, posicionam-se por um contrato de mandato (Duranton, M., Cours de droit français, Sirey, Paris, 1844, t. XVIII, no 196, p. 173; Troplong, M., Le droit civil explique (suivant l'ordre des articles Du Code. Du mandat, Charles Jingly, París, 1846, t. sixième n. 190 a 221, em especial PP. 204 a 238; Pothier, R. J., Oeuvres de Pothier, Bugnet, París, 1845, t. 5, Du Mandat, n. 23 a 26, p. 181 e 182 (Cf. BUERES, Responsabilidad civil de los médicos [1980], p. 36). Outros, na maioria de origem hispânica, irão identificar com um contrato de locação de serviços (ALBALADEJO, M., Instituciones de derecho civil, parte general y derecho de las obligaciones, Bosch, Barcelona, 1960, t. I, p. 881; Lafaille, H., Curso de contratos, compilado por Pedro Frutos e Isauro Argüello, Ariel, Buenos Aires, 1928, t. II, no 432, p. 284; SALVAT, R. J., Responsabilidad civil de los médicos, LL, t. 8, p. 12, Sec. Doc., y Tratado de derecho civil argentino. Contratos, Tea., Buenos Aires, 1950, t. II, no 1749, CNCiv., fallo plenário, in re: Zurueta, Enrique c/Longeville, Julia M. Poncet de (suc.), diciembre 24-1919, JÁ, 1958-IV, p. 185 voto de la mayoría del tribunal (Cf. BUERES, Responsabilidad civil de los médicos (1980), pp. 36-37). Há também quem relacione à locação de obra (Messineo, F., Manual de derecho civil y comercial, trad. De Santiago Sentis Melendo Y prólogo de Vittorio Neppi, Ejea, Buenos Aires 1971, t. V, p. 244; Baudry-Lacantinerie, G. y Wahl, A. Traité théorique et pratique de droit civil. Des contrats aléatoires, Du mandat, Du cautionnement, de La transaction, de La Société Du Recueil J. B. Sirey et Du Journal Du Palais, Paris, 1907, n. 378, p. 183 e seguintes (Cf. BUERES, Responsabilidad civil de los médicos (1980), p. 37). De outro lado, uma forte corrente doutrinária rejeita qualquer categoria já existente, classificando como contrato atípico (Marcadé, V., Explication théorique et pratique du code civil contentant l'analyse critique des autiers et de la jurisprudence, sixième Ed., Delamotte et Filis Editeurs, Paris, 1868, t. 6, p. 522 e ss. (comentário AL art. 1179 del Código francés); MATTER, Paul, nota em Dalloz Periodique, año 1936, p. 234; Puig Brutau, J., Fundamentos de derecho civil, Bosch, Barcelona, 1954, t. II, vol. II, p. 387; Borda, G. A., ob. E t. cit. No 1029, os. 52 a 54; Colombo, C. J. Código Procesal Civil Y Comercial de La Nación, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, t. I, p. 414 (Cf. BUERES, Responsabilidad civil de los médicos (1980), p. 37). Finalmente, um significativo número de autores, dentre os quis se inclui Bueres, inclina-se pela existência de um contrato *proteiforme* ou *multiforme* ou variável, sob o argumento de que a multiplicidade de situações que na prática se apresentam na vinculação entre médico e paciente, poderá definir diferentes formas de relações jurídicas. (Segundo Bueres, aderem a esta tese Bustamante Alsina, J., Responsabilidad civil de los médicos em ejercicio de sua profesión, LL, 1976-C, Cap. II, p. 64 e 65; Mosset Iturraspe, J. Responsabilidad por daños, parte General, Ediar, Buenos Aires, 1971, t. I, os. 346 Y 347; Alterini, A. A.; Ameal, O. J., Y López Cabana, R. M., Curso de obligaciones, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, t. II, n. 1848, p. 486; 1853, os. 487 e 488; n. 1862, p. 491 e 1867, p. 493; Alcuña Anzorena, A. Responsabilidad Del procurador y Del abogado por dejar perimir La instancia, em "Estudios sobre La Responsabilidad Civil", cit., p. 210 e SS; Rezzónico, L. M, Estudio de los contratos em nuestro derecho civil, Depalma, Buenos Aires, 1969, t. II, p. 630; Deveali, M. L not. Cit., p 717, Légon, F., Caracterización del vínculo entre el abogado e o cliente, t. 56, os. 430 e 431, Trigo Represas, F.A., em Cazeaux, P. N. e Trigo Represas, F. A., Derecho de las obligaciones, 2ª Ed.,

“responsabilidade supranegocial” ou “supracontratual”, visto que atinem a obrigação geral de incolumidade, na preservação da integridade psicofísica do paciente, deveres independentes da relação estabelecidas que se imporiam, mesmo que o contrato não tivesse sido realizado.<sup>294</sup>

GIOSTRI pondera que o fator álea presente na diversidade das reações do corpo humano afasta, como regra, sua classificação na modalidade de obrigação de resultado. Se o devedor diligentemente cumpriu com sua obrigação de meio, sem que o resultado se implementasse, não há de se falar sequer em incumprimento produzido por causas alheias à sua vontade ou em incumprimento não culposos. O que de fato houve foi o cumprimento da obrigação, mas com um resultado diverso do esperado.<sup>295</sup> Outrossim, não nega a presença da obrigação de resultado em determinados contratos, propondo como critérios para identificação: a) o grau de confiança conferido ao médico; b) o caráter de sua atividade; c) confiabilidade das técnicas e/ou instrumentos utilizados para realizar a prestação; d) natureza dos interesses do credor; e) finalidade da prestação.<sup>296</sup> Nesse sentido, deve-se ter em mente que o resultado esperado é fruto da cooperação das ações entre médico e paciente, cabendo a este último prestar as devidas informações e seguir os cuidados e orientações médicas prescritas ao tratamento.<sup>297</sup> Conclui, ao final, que os elementos de preparação técnica e diligência não podem ser desconsiderados na avaliação da conduta médica e todo modelo obrigacional que dispense tal análise é inadequado. Se constatada a atuação com o devido cuidado, se houve diligência, resta cumprida a obrigação, não lhe podendo ser imputada qualquer responsabilidade.<sup>298</sup>

A responsabilidade contratual impõe ao devedor a prova do pagamento e, nesses termos, poder-se-ia concluir de forma precipitada que a prova de que cumpriu adequadamente sua obrigação caberia ao médico. Contudo, tratando-se de obrigação

---

Platense, La Plata, 1976, t. 4, os. 216 e 217 (Cf. BUERES, Responsabilidad civil de los médicos (1980), p. 38).

<sup>294</sup> NORONHA. Direito das Obrigações (2006), pp. 456-457.

<sup>295</sup> GIOSTRI. Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação (2003), p. 127.

<sup>296</sup> Idem, pp. 136-137.

<sup>297</sup> Idem, pp. 139-142.

<sup>298</sup> Idem, p. 228.

de meio<sup>299</sup>, não pode o médico, no exercício de sua profissão, garantir o resultado de sua atuação, salvo os casos excepcionais a serem vistos e, por isso, não lhe poderá ser imputada culpa pela mera verificação de resultado diverso do esperado.<sup>300</sup> O ônus da prova deverá, a princípio, receber o tratamento que se confere às ações aquilianas, com algumas peculiaridades que serão tratadas em momento oportuno.<sup>301</sup> Não é o caso, como bem adverte BONVICINI, de uma exceção da regra da inversão do ônus da prova em matéria contratual, nem com isso se deve concluir pela classificação na modalidade extracontratual. Para o autor, o elemento constitutivo da responsabilidade do profissional se conecta ao *fato objetivo* do inadimplemento da prestação, por meio de uma avaliação objetiva do comportamento do devedor à base de uma figura abstrata de um *bom devedor*, tomado face à natureza da obrigação (diligência objetiva).<sup>302</sup>

Desse modo, compreende-se que a responsabilidade médica, em sua natureza contratual, pressupõe a existência de culpa na ocorrência do inadimplemento e exige a prova da culpa para o processo de imputação. Tais assertivas não são excludentes, mas situam-se em momentos distintos. Pelo contrato, o médico obriga-se a uma prestação e o simples inadimplemento (não prestação) faz presumir a culpa. Executado o procedimento, só haverá, todavia, responsabilidade civil na constatação de falha na prestação. A apreciação da obrigação prestada se dará pela averiguação de sua conformidade com a *lex artis* e não na perspectiva do alcance do resultado almejado. Há um dever de resultado no prestar e uma obrigação de meio quanto ao conteúdo da prestação. O contrato impõe ao profissional o dever de atuar e a mera omissão faz

<sup>299</sup> A respeito da distinção de obrigação de meio e de resultado Cf. DEMOGUE, René. *Traité des obligations*, V, Paris, 1925, nº 1237 e IV, Paris, nº 599. Cf. Também FORCHIELLI. *Responsabilità civile* (1970), p. 89-90.

<sup>300</sup> SOUSA. Sobre o ônus da prova nas ações de responsabilidade civil médica (1996), p. 137.

<sup>301</sup> “Em termos doutrinários há quem defenda que a distinção entre a obrigação de meios e de resultados tem vindo a perder importância em Portugal. A justificativa dada a este raciocínio é a de que, na responsabilidade contratual, a inversão do ônus da prova dá-se como regra, por força do art. 799, nº 1, do Código Civil, quer esteja diante de uma obrigação de resultados (como seria o esperado) ou de meios. Já no campo extracontratual tecnicamente não há o que se falar numa ‘obrigação’ previamente assumida, mas sim um dever de indenizar que surge com o evento danoso. Muito embora este raciocínio faça sentido em termos teóricos, parece que o mesmo não se pode dizer em termos práticos. Afinal de contas, quando se estiver diante de uma obrigação de resultados, será mais fácil ao lesado provar a responsabilidade do lesante.” (GONÇALVES. *A responsabilidade médica objetiva* [2005], p. 364.)

<sup>302</sup> BONVICINI. *La responsabilità civile* (1971), pp. 738-739.

presumir a culpa. Mas, tendo atuado, o processo de imputação da responsabilidade pelo evento danoso impõe a comprovação da culpa em sua atuação.

Tal raciocínio se aplicará inclusive aos atos omissivos. Tome-se o exemplo de um médico contratado para realizar uma cirurgia. Ocorre que, aberto o abdômen do paciente, o profissional constata a desnecessidade da intervenção cirúrgica e simplesmente o fecha, sem qualquer intervenção. Nesse caso, a omissão de obrigação pré-constituída representará a necessidade do médico provar a razão de não ter atuado, ou seja, ilidir a presunção de culpa do inadimplemento. Se, contudo, atua no sentido contratado, mas o resultado é adverso do esperado, terá o paciente de comprovar a existência de culpa do profissional na condução de seu mister.

Também importa lembrar que, como regra geral, quem suporta o ônus da prova quanto ao conteúdo do pactuado é o demandante, que terá de provar o conteúdo da prestação reclamada. Ao médico demandado não caberá, em princípio, invocar alguma objeção aos fatos relatados, como uma exceção de um contrato não cumprido, mas poderá limitar-se a negar o alegado, sem o ônus de provar coisa alguma. É sobre o demandante que recairá o ônus de provar o pactuado.<sup>303</sup> É claro que em certas situações o acordo é presumido. Em uma cirurgia de extração de amídalas, por exemplo, não se poderá objetar que a obrigação do cirurgião constituía-se da extração destas. Mas poder-se-á, por outro lado, discutir-se o método de extração.

Assim, no que toca ao adimplemento do contratado a responsabilidade médica é contratual, mas quanto à forma de execução da obrigação, é aquiliana, cujos deveres não são atinentes à necessária produção de um resultado e sim ao exercício diligente no cumprimento da obrigação. O adimplemento da obrigação não se dará com o necessário alcance da cura, mas com o atuar conforme a *lex artis*. Não poderá o médico garantir o êxito do tratamento, visto que o organismo humano apresenta peculiaridades mil e a medicina não detém total controle sobre muitos dos efeitos da natureza, em especial da morte.

Em situações particulares, todavia, a responsabilidade contratual médica assumirá os extremos da obrigação de resultado, não só quanto ao adimplemento,

---

<sup>303</sup> ROSEMBERG. La carga de la prueba (1956), p. 284.



mas também quanto ao resultado do adimplemento. Haverá também quem, invocando pretensa natureza de atividade de risco, queira estender os limites dos casos doutrinariamente aceitos como de obrigação de resultado, amparando-se no sistema de seguros. Importa, então, compreender as características de tal sistema e verificar quais as peculiaridades que, quando presentes, terão o condão de desnaturar o estado geral de obrigação de meio.

### 3.4 Fundamentos e oportunidade da responsabilidade objetiva

Na responsabilidade objetiva o que se coloca presente é a relação entre causa e culpa. Ainda que não se possa imputar uma falta de dever de conduta, verifica-se que os riscos a que foram expostos os lesados, existiram em face de uma grande possibilidade de lucro do causador. Assim, o que justifica a imputação da responsabilidade sem culpa é a promoção de um incentivo, para que todos, no exercício da mesma atividade, exerçam o máximo de cuidado possível e possam prevenir riscos. Isso é concebido como justo na medida em que o causador do dano deva compensar aqueles que foram lesados pela atividade de que aquele tira benefícios.<sup>304</sup>

Nesse sentido é preciso considerar os casos em que determinada atividade tenha especial risco de dano, previamente visualizado e possível de ser calculado estatisticamente.<sup>305</sup> No Direito alemão se fala em responsabilidade por riscos e se considera decisivo nele o especial perigo que deriva de uma atividade. O princípio subjacente é a imputação de determinado risco de dano ao que o haja criado, ainda

---

<sup>304</sup> MANSFIELD. Hart and Honoré, causation in the law – a coment (1963-1964), p. 493.

<sup>305</sup> No intento de assegurar a justa e total reparação de danos ocasionados por atividades de risco, a doutrina tem ido além, na chamada *responsabilidade pressuposta* ou *mise en danger*. Propõe-se uma cláusula geral de responsabilidade para atividades de risco em que, além da dispensa da prova da culpa, restariam excluídas quaisquer isenções da responsabilidade, seja fundada em contraprova seja em excludentes da responsabilidade. Bastaria, portanto, a verificação de um dano ocasionado no âmbito de atividade de risco, para que se dê ensejo ao dever de indenizar. Cf. HIRONAKA. Responsabilidade Pressuposta. In: EOS - Revista Jurídica da Faculdade de Direito – v. 2, nº 1, ano II.

que tenha realizado com autorização, quando também em seu interesse.<sup>306</sup> O mesmo princípio impera no Direito Italiano.<sup>307</sup>

Os alemães procuram justificar a responsabilidade objetiva com a invocação de princípios como o do interesse ativo, o da prevenção (considerando o incremento do cuidado), o da equidade (em virtude da diferença patrimonial), o da repartição do dano e o da periculosidade.<sup>308</sup>

A teoria do risco afasta a necessidade de configuração do ato ilícito, podendo responsabilizar-se civilmente também o ato lícito, bastando que, para tanto, haja organização de uma atividade de risco. Ainda que haja consentimento do lesado e não se configure culpa alguma na ação do agente, este será responsabilizado, quando houver lesão a bem jurídico tutelado, fruto da atividade de risco exercida.<sup>309</sup>

No sistema norte-americano a responsabilidade objetiva se sustenta na idéia de que atividades potencialmente perigosas devem ser seguradas. A negligência é presumida pelo próprio desempenho da atividade, mas tornada legal pelo interesse social. É o que se costumou chamar de *“quasi-negligent”*. O sistema acaba se sustentando sobre a âncora dos seguros, que se tornam os garantes da própria atividade. Não haveria então como se alegar injustiça, na medida em que, conhecendo o risco de ter de indenizar, mesmo sem verificação de conduta culposa, deverá prevenir-se, segurando-se contra tais infortúnios inerentes à própria atividade.<sup>310</sup>

Já em 1966, EHRENZWEIG defendia a valia da imersão dos sistemas de seguros no regime da responsabilidade civil norte-americana, em especial quando da proteção de atividades legais, eliminando muitos obstáculos ao ressarcimento de danos causados a vítimas, em especial no que toca a danos oriundos da própria atividade e sem verificação de culpa na conduta.<sup>311</sup> Esse é o preço que o prestador do serviço ou

---

<sup>306</sup> LARENZ. Derecho justo fundamentos de etica jurídica (1990), pp. 119-120.

<sup>307</sup> Art. 2050 do Código Civil Italiano: “Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di um’attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, e tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.”

<sup>308</sup> ALVES. A responsabilidade extracontratual e seu fundamento (2001), p. 198.

<sup>309</sup> Trimarchi. Causalità e danno (1967), p. 134.

<sup>310</sup> EHRENZWEIG. Negligence without fault (1966), p. 1462.

<sup>311</sup> Idem, p. 1448.

fabricante de eventual mercadoria irá pagar pelo desenvolvimento de sua atividade, já sabedor do risco de sua atividade.<sup>312</sup>

A jurisprudência americana guarda ainda certa independência a tal sistema, no que concerne à apuração do erro médico, exigindo-se a dilação probatória necessária para a comprovação da culpa. É inegável, todavia, que o amparo de uma seguradora livra o magistrado do peso de deixar o paciente ou a família desamparados de uma indenização ou de lançar sobre o médico o ônus de arcar com prejuízos que não podem claramente ser atribuídos à sua responsabilidade. A seguradora, de outro lado, apresenta-se com grande poderio econômico e imbuída pela obrigação de indenizar os casos de implementação do risco, o que justifica sua própria existência. Dentro de tal perspectiva, não só nos Estados Unidos, mas em todo mundo há uma crescente doutrina e até mesmo legislativa, em defesa da substituição da responsabilidade civil pela proteção dos seguros. Em um primeiro momento, o seguro de responsabilidade ocuparia, progressivamente, o lugar do responsável (lesante) que se limitaria a pagar pelo prêmio do seguro. Com isto, a responsabilidade civil perde o seu duplo caráter sancionatório-reparatório para satisfazer-se apenas com a reparação do lesado. O passo seguinte seria o da constituição dos chamados fundos de garantia, subsidiados por uma coletividade organizada, a fim de dar cobertura aos eventos lesivos que não fossem atendidos pelos mecanismos usuais da responsabilidade civil.<sup>313</sup>

A tentadora saída para contornar as dificuldades inerentes ao ônus probatório em matéria de erro médico, apresenta-se como caminho fácil e confortante, na medida em que livra o magistrado do sempre presente receio de imputar o ônus financeiro da responsabilidade àquele que em verdade agiu sem culpa ou, de outro lado, deixar o paciente ou sua família sem a devida indenização. O “caminho largo”, todavia, abandona a boa técnica, despreza o árduo, porém acertado, percurso de perquirição da culpa, de distribuição do ônus da prova e de imputação da responsabilidade não por razões econômicas, mas pelos estrito dever de reparar o dano, quando presente a conduta socialmente reprovável.

---

<sup>312</sup> Idem, p. 1452.

<sup>313</sup> GONÇALVES. A responsabilidade médica objectiva (2005), p. 380. No mesmo sentido: BUSTAMANTE ALSINA. Teoría General de la responsabilidad civil (1997) p. 539.

A responsabilidade objetiva também desprestigia a perquirição do escopo na norma violada, ou seja, a necessária adequação do dano ao tipo de infração que precisamente a lei pretendia resguardar, quando só haverá responsabilidade, se o dano se conforma a uma lesão ao objeto jurídico tutelado, segundo o fim da norma. No modelo da responsabilidade objetiva a discussão perde relevância, visto que aquele que assume o risco de uma atividade, responde não apenas pelos riscos inerentes a essa atividade como também quanto aos acidentais que dessa se derivem.<sup>314</sup>

Em uma ótica macro-econômica, ressalta-se que o interesse social que justifica responsabilizar objetivamente aquele que desenvolve uma atividade de risco, não pode ser avaliado tão somente na perspectiva da garantia maior de indenização do lesado, mas também do interesse do desenvolvimento e progresso da nação. Em razão disso, indústrias farmacêuticas têm se valido do argumento para buscar rechaçar a responsabilidade objetiva por efeitos colaterais de seus produtos, sob o fundamento de que haveria um grande desestímulo às pesquisas que deixarão de ser realizadas e medicamentos retirados das prateleiras, tendo em vista que praticamente todo medicamento eficaz traz algum efeito colateral.<sup>315</sup>

Nesse momento surge o grande dilema de se avaliar o que é mais prejudicial: o custo dos danos causados pelas atividades de risco ou o custo dos prejuízos do desaquecimento e desestímulo do mercado, das pesquisas, das iniciativas e das possibilidades de cura, gerados por uma política de prevenção exagerada. Segundo CALABRESI, a identificação das atividades e dos agentes, cujo custo de prevenção seja menor do que o custo dos prejuízos da atividade, se dará através da verificação de dois elementos: 1) nexo de causalidade, examinado dentre todos os outros fatores concorrentes ao dano<sup>316</sup>; 2) maior capacidade de previsão do dano, possibilitando uma análise da culpabilidade inerente às ações de cada um dos corresponsáveis<sup>317</sup>. Para tanto, necessária é a avaliação das informações que foram conferidas.

Tanto do Brasil (art. 12, §1º, II, do Código de Defesa do Consumidor) como em Portugal (art. 12, 1, da Lei 24/96), o fabricante de medicamentos poderá restar isento

---

<sup>314</sup> TRIMARCHI. *Causalità e danno* (1967), p. 143.

<sup>315</sup> Cf. RHEIGOLD. *Products Liability. The ethical drug manufacturer's liability* (1964).

<sup>316</sup> Cf. CALABRESI. *Concerning Cause and the Law of Torts* (1975-1976), pp. 84-87.

<sup>317</sup> Idem.

da responsabilidade, se devidamente informou sobre os efeitos colaterais do produto. A estratégia de marketing das empresas farmacêuticas recorre, por outro lado, à ênfase nos benefícios do medicamento em detrimento às advertências dos efeitos colaterais. Aos médicos, enviam uma carga de informação desumana, na expectativa de que não possam de fato tomar ciência daquilo que realmente importaria saber e, ao mesmo tempo, se resguardarem no argumento de que cumpriram seu dever de informar.<sup>318</sup>

Muitas críticas se têm levantado ao modelo da responsabilidade objetiva. Seus opositores têm tachado a concepção de materialista, visto que retira da responsabilidade civil seu caráter moral, ao não se considerar a culpa como elemento de reprovação, mas o simples exercício da atividade. Além disso, militaria contra o interesse social, visto que pune aquele que age exercendo atividade lícita em benefício da sociedade, estimulando a inércia. Também, nem sempre será verdade que a atividade traz benefícios exclusivos ao dono do negócio, como é o caso do trabalhador que também se beneficia da atividade de risco que exerce, com os proventos de seu salário. Ainda, o risco da responsabilidade sem culpa estimula a contratação de seguradoras, conferindo a sensação de irresponsabilidade, permitindo-lhes que ajam com menos diligência ou prudência.<sup>319</sup> Finalmente, ao basear-se exclusivamente no nexo de causalidade, confere injustiças, negando-lhe o caráter de equidade.<sup>320</sup>

É certo que na atividade médica há um risco inerente a toda atuação, atingindo patrimônio jurídico de maior estima: a vida e a integridade física. De outro lado, é certo que o risco já se encontra presente em razão da própria enfermidade, não sendo correto tomar a atividade médica, propriamente dita, como o próprio fator de criação do risco. O argumento do aspecto preventivo da imputação de responsabilidade, desprovida da análise da culpa, também conexo com os fundamentos da teoria do risco, carece do mesmo modo de utilidade no que concerne ao desenvolvimento da atividade médica, visto que as infinitas peculiaridades do corpo humano, as inúmeras

---

<sup>318</sup> FARRELL. Medication Malpractice: Clais, Culprits and Defenses (1992-1993), p.70.

<sup>319</sup> Cf. ALVES. A responsabilidade extracontratual e seu fundamento (2001), pp. 198-199.

<sup>320</sup> Cf. COELHO. A responsabilidade civil baseada no conceito de culpa (1906), pp. 96-97. O autor, valendo-se de VENEZIAN, dá o exemplo de um homem pobre que, ao escorregar, salpica de sangue o vestido de uma rica senhora com seus ferimentos. Ainda acrescenta a transmissão de uma doença por alguém, ao visitar um amigo. Seria justo imputar a responsabilidade, na tomada de um dano objetivo, baseada exclusivamente no nexo de causalidade?

interações com outros fatores e, em especial, a necessidade de avanço do estado atual da técnica, exigem uma análise particularizada da atuação do profissional no caso concreto, demandando a necessária verificação da culpa. Ainda assim, em algumas situações particulares, a doutrina especializada tem apontado características que justificam a adoção do modelo da responsabilidade objetiva.

### 3.5 Responsabilidade objetiva na atividade médica

Como afirmado, a obrigação do médico, com algumas raras exceções, é tida pela doutrina e jurisprudência em todo mundo como obrigação de meio, ou seja, não se comprometerá o profissional com o resultado, que deverá, sim, buscar com toda sua força e com o emprego da técnica esperada. Nesse sentido, LARENZ dirá que o contrato firmado entre médico e paciente é de serviço, visto que promete tão somente o tratamento apropriado e não o resultado que se é desejado, como seria no contrato de empreitada ou obra.<sup>321</sup>

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, que responsabiliza objetivamente o fornecedor de serviços, por força do artigo 14, excepciona a regra, quando se trata de profissionais liberais, os quais deverão responder apenas se apurada a presença de culpa (responsabilidade subjetiva):

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Cumprе ressaltar que a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos é posição praticamente consolidada.<sup>322</sup> Para a doutrina especializada,

<sup>321</sup> LARENZ. Derecho de Obligaciones, T.II, (1959), p. 282.

<sup>322</sup> Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

ainda que haja quem defenda a inexistência de relação de consumo,<sup>323</sup> sob o fundamento de que o diploma se restringe às atividades de risco em que não se enquadraria a atividade médica, a esmagadora maioria reconhece de forma inconteste a aplicação do diploma.<sup>324</sup> O mesmo ocorre na jurisprudência brasileira. Embora o Superior Tribunal de Justiça brasileiro tenha, em certa ocasião, apontado a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao serviço médico,<sup>325</sup> sem que, contudo, conferisse para tanto a devida fundamentação, o mesmo tribunal tem exaustivamente repetido o entendimento consolidado da aplicabilidade do diploma consumerista.<sup>326</sup>

Em Portugal, a aplicação da Lei de Defesa do Consumidor, nº 24/96, é controvertida, pois, a despeito de seu artigo 2º, 1, enquadrar como relação de consumo os serviços prestados por pessoa que exerça com “carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”, o artigo 23 do mesmo diploma estabelece que “o regime de responsabilidade por serviços prestados por profissionais liberais será regulado em leis próprias”. MANUEL NUNES defende que a Lei de Defesa do Consumidor deve ser aplicada aos serviços médicos, a despeito da expressa exclusão prevista no artigo 23. Para o autor, haverá relação de consumo por se tratar de serviço prestado, a fim de atender necessidades pessoais daquele que se encontra em situação de vulnerabilidade. Acrescenta ainda a expressa menção à proteção à saúde nos artigos 3º e 5º. De outro lado, o autor ressalva que não poderá,

<sup>323</sup> Cf. ROCHA. A responsabilidade civil decorrente do contrato de serviços médicos (2005), p. 93.

<sup>324</sup> Nesse sentido: CARVALHO. Iatrogenia e erro médico sob enfoque da responsabilidade civil (2004); TADEU. Responsabilidade civil: nexos causal, causas de exoneração, culpa da vítima, força maior e concorrência de culpas (2007); SHAEFER. Responsabilidade Civil do Médico e Erro de Diagnóstico (2003); MURR. A inversão do ônus da prova na caracterização do erro médico pela legislação brasileira (2010); BARBOZA. Responsabilidade civil médica no Brasil (2005); AGUIAR JR. Responsabilidade civil do médico (2000); ALVIM. Reflexões sobre a responsabilidade civil médica (2000); REIS. Os danos morais decorrentes da atividade do médico (2000).

<sup>325</sup> REsp 466.730/TO, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Rel. p/ Acórdão Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 01/12/2008.

<sup>326</sup> Nesse sentido: REsp 1256703/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 27/09/2011; REsp 1145728/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 08/09/2011; AgRg no Ag 1213352/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 03/12/2010; REsp 1180815/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010; REsp 731.078/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 799; REsp 442.854/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2002, DJ 07/04/2003, p. 283.

todavia, se valer do regime da responsabilidade objetiva, o que restou expressamente restrito à reparação de danos causados por produtos defeituosos.<sup>327</sup>

Seja qual for o diploma ou a posição defendida, é incontroversa a regra da responsabilidade subjetiva à atividade médica. Além da impossibilidade de garantir o resultado, impor aos médicos uma responsabilidade por riscos (que sempre existirão, visto a natureza perecível do ser humano) seria pressupor que os prejuízos que irá suportar serão compensados pelos altos lucros gerados na atividade, o que não se desponha como argumento sustentável.<sup>328</sup> Em verdade, a atividade médica está longe de poder ser comparada aos demais empreendimentos do mercado de consumo, em que o binômio risco e lucratividade caminham juntos, quando justificada estará a imputação da responsabilidade pela simples verificação dos riscos, os quais se encontram já previstos e presentes como componentes do preço. MIQUEL GONZÁLEZ e MACÍA MORILLO, todavia, apontam uma crescente tendência de objetivação da responsabilidade na Espanha, com aplicação do previsto no artigo 28 da Lei Geral de Consumidores e usuários (LGDCU), de 1984<sup>329</sup>, mais ainda com grandes controvérsias quanto a se restringir apenas às entidades hospitalares ou se estender também aos profissionais médicos.<sup>330</sup>

Ocorre que, em verdade, a atividade médica se desenvolve por uma gama de diversas atuações que devem ser concebidas com características distintas, em especial no que concerne às exigências de acerto e à ponderação entre o risco existente e o novo risco assumido. De fato, em todo mundo se observa uma crescente adoção da

<sup>327</sup> NUNES. O ônus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos (2007), pp. 91-92.

<sup>328</sup> MONIZ. Responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes da prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos (2003), p. 21.

<sup>329</sup> Artículo 28. 1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario. 2. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños.

3. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 500 millones de pesetas. Esta cantidad deberá ser revisada y actualizada periódicamente por el Gobierno, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo.

<sup>330</sup> Cf. MIQUEL GONZÁLEZ; MACÍA MORILLO. La responsabilidad médica en el ordenamiento español (2005), pp. 31-36.



responsabilidade objetiva para certos tipos de atuação do profissional da saúde, em que se apresentam características de obrigação propriamente de resultado.

CARLA GONÇALVES, em convicta apologia à objetivação da responsabilidade médica, defende que:

“Ante a constatação de que o erro médico é muito mais frequente do que aquilo que se pensava, ante o desafio que vem a ser o da demonstração de que um determinado profissional de saúde agiu com um grau de diligência inferior àquele que seria esperado de um médico normal em face das circunstâncias concretas e ante a certeza de que o exercício da medicina haverá sempre de acobertar uma certa álea, não completamente dominável pela ciência, o direito teve mesmo de acordar para o fato de que em certas situações seria razoável conferir às vítimas com um esquema mais facilitado de recomposição dos danos. Nesse sentido, a instituição da responsabilidade médica objectiva veio a termo com o propósito de promover a compensação das vítimas de um acidente médico independentemente da apreciação da culpa.”<sup>331</sup>

Segundo Benacchio, sempre que houver, por parte do médico, utilização de alta tecnologia, seja em exames complexos, técnicas em desenvolvimento ou mesmo pelo simples uso de equipamentos de alto grau tecnológico, haverá responsabilidade objetiva fundada no risco criado pela atividade desenvolvida. Defende a posição, asseverando que “a forma proposta não redundará na inibição da atividade do médico, apenas nos casos em que houver a opção de equipamentos de alta tecnologia, nos quais os riscos são elevados, caberá ao médico a administração econômica de sua atividade de maneira a internalizar os custos existentes.”<sup>332</sup> Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça brasileiro que o exame ultrassonográfico para controle de gravidez implica obrigação de resultado, caracterizada pela responsabilidade objetiva,<sup>333</sup> assim como o diagnóstico fornecido por laboratório radiológico.<sup>334</sup> O

<sup>331</sup> A responsabilidade médica objectiva (2005), pp. 367-368.

<sup>332</sup> Banacchio. Responsabilidade civil do medico (2009), p. 347.

<sup>333</sup> No caso, o médico indicou gestação gemelar, quando na realidade havia apenas um único nascituro (AgRg no Ag 744.181/RN, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 26/11/2008).

<sup>334</sup> REsp 594962/RJ, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/11/2004, DJ 17/12/2004, p. 534.

mesmo entendimento, sustentou o Supremo Tribunal de Justiça português para exames laboratoriais em que “a margem de erro é praticamente nenhuma.”<sup>335</sup>

A falta de especialização para determinados procedimentos também tem sido apontada como causa de objetivação da responsabilidade. Para PENNEAU, o simples fato de um médico não deter especialização adequada para o tratamento de determinada enfermidade é suficiente para que lhe seja imputada responsabilidade civil, visto que se omitiu do dever de encaminhar a quem detivesse o conhecimento exigido.<sup>336</sup> No mesmo sentido, entendem MIQUEL GONZÁLEZ e MACÍA MORILLO que é dever do profissional conhecer os limites do conhecimento e capacidade que detém, de modo que não pode exceder tais limites, restando obrigado a informar de sua falta de competência ao paciente e encaminhá-lo a quem a possua, assim como não poderá delegar suas próprias competências a pessoal não qualificado, sob pena de infringir a *lex artis*.<sup>337</sup>

Em sentido contrário, GOMES DA SILVA, citando o exemplo de quem atropela ao conduzir sem habilitação, considera insuficiente a falta de habilitação para a responsabilidade. Necessária se faria a prova da culpa, da falta do dever de diligência para se imputar a responsabilidade. Não bastaria o mero conhecimento prévio da

---

<sup>335</sup> “(...) II - A execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, importando ponderar a natureza e objectivo do acto médico para não o catalogar aprioristicamente naquela dicotómica perspectiva. III - Deve atentar-se, casuisticamente, ao objecto da prestação solicitada ao médico ou ao laboratório, para saber se, neste ou naqueloutro caso, estamos perante uma obrigação de meios - a demandar apenas uma actuação prudente e diligente segundo as regras da arte - ou perante uma obrigação de resultado com o que implica de afirmação de uma resposta peremptória, indúbia. IV - No caso de intervenções cirúrgicas, em que o estado da ciência não permite, sequer, a cura, mas atenuar o sofrimento do doente, é evidente que ao médico cirurgião está cometida uma obrigação de meios, mas se o acto médico não comporta, no estado actual da ciência, senão uma ínfima margem de risco, não podemos considerar que apenas está vinculado a actuar segundo as *leges artis*; aí, até por razões de justiça distributiva, haveremos de considerar que assumiu um compromisso que implica a obtenção de um resultado, aquele resultado que foi prometido ao paciente. V - Face ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, estando em causa a realização de um exame, de uma análise, a obrigação assumida pelo analista é uma obrigação de resultado, isto porque a margem de incerteza é praticamente nenhuma.

(04-03-2008 - Revista n.º 183/08 - 6.ª Secção - Fonseca Ramos (Relator), Rui Maurício e Cardoso de Albuquerque).

<sup>336</sup> PENNEAU. *Responsabilité médicale* (1977), pp. 44 e ss.

<sup>337</sup> MIQUEL GONZÁLEZ; MACÍA MORILLO. *La responsabilidad médica en el ordenamiento español* (2005), p. 53.

incapacidade para a execução da tarefa. Exige-se que a conduta seja negligente, a ponto de dar causa ao resultado<sup>338</sup>

LÓPEZ MESA e TRIGO REPRESAS apontam a responsabilidade dos anestesiologistas como objetiva, conferindo apenas duas possibilidades de escusa: a) a obtenção do resultado esperado com o adormecimento do paciente, livrando-o de dores e a consequente reanimação sem sequelas; ou b) a prova da existência de um caso fortuito.<sup>339</sup> Todavia, majoritariamente, permanece o entendimento de que o anestesiologista não pode ser subtraído da regra geral da obrigação de meio, visto que continua submetido à álea de que, mesmo agindo conforme a técnica, o organismo humano poderá apresentar reações adversas.<sup>340</sup>

Também às atividades exercidas pelo cirurgião-dentista tem se defendido a aplicação da responsabilidade objetiva. Para ARNALDO RIZZARDO, “a profissão não está ligada a situações tão insondáveis e aleatórias como a do médico, que, nem sempre permitem um diagnóstico exato e preciso...com efeito, os vários procedimentos seguem uma regularidade repetitiva”<sup>341</sup>. CARLOS R. GONÇALVES, ao adotar o mesmo posicionamento, acrescenta que maior razão haverá para os casos de instalação de próteses, visto o caráter eminentemente estético.<sup>342</sup> Especificamente ao ortodontista, entendeu o Superior Tribunal de Justiça brasileiro tratar-se de obrigação de resultado, visto que os objetivos relativos aos tratamentos de cunho estético e funcional podem ser atingidos com previsibilidade.<sup>343</sup>

Com propriedade, assinala ÁLVARO DIAS que em casos de dolo deve restar configurada a obrigação de resultado, em especial quando o médico confere falsas expectativas de cura, sabedor de que os esforços serão em vão, no intuito de continuar recebendo do paciente os honorários desejados.<sup>344</sup>

<sup>338</sup> SILVA. O dever de prestar e o dever de indemnizar (1944), p. 89.

<sup>339</sup> LÓPEZ MESA; TRIGO REPRESAS. Responsabilidad civil de los profesionales (2005), p. 578.

<sup>340</sup> Cf. GIOSTRI. Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação (2003), p.173 e LÓPEZ MESA; TRIGO REPRESAS. Responsabilidad civil de los profesionales (2005), p. 582.

<sup>341</sup> RIZZARDO. Responsabilidade civil (2009), p. 341.

<sup>342</sup> GONÇALVES. Responsabilidade Civil (2005), PP. 382-383.

<sup>343</sup> REsp 1.238.746-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/10/2011.

<sup>344</sup> DIAS. Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade médica (1993), p. 52.

Finalmente, a falta de informação adequada, também tem sido levantada como elemento de objetivação da responsabilidade. Temos afirmado que a toda atividade médica há um risco inerente, que é assumido pelo paciente, ao submeter-se ao tratamento. Para que tal equação se faça completa e redunde no resultado adequado de uma obrigação de meio, importa que o médico cumpra adequadamente seu dever de informar, de forma a possibilitar a correta e consciente assunção do risco por parte do paciente. O descumprimento de tal dever desnatura a tradicional obrigação de meio, ao privar o paciente da faculdade de consentir e assim assumir os riscos, como será visto mais adiante, quando do estudo do consentimento informado (cfr. 6.6)

### **3.6 Responsabilidade nas intervenções não curativas**

As intervenções de fins estéticos, em especial as cirurgias plásticas, apresentam-se em contexto bastante diverso das demais intervenções médicas, visto que, enquanto estas perseguem a cura de uma enfermidade que ameaça a saúde do paciente, aquelas têm como objeto conferir um embelezamento que atenda aos desejos incutidos pelos padrões de beleza impostos. Diante de tal peculiaridade e dentro de uma perspectiva claramente axiológica, percebe-se uma orientação em todo mundo pelo enquadramento da cirurgia plástica estética na modalidade da responsabilidade objetiva.

É essa a percepção no Direito Italiano, em que a jurisprudência tem caminhado pela objetivação da responsabilidade, bastando ao paciente a prova de um resultado frustrado. Faculta-se ao médico, de outro lado, realizar prova de inexistência de culpa ou superveniência de causa, imprevisível ou inevitável. Ainda poderá o cirurgião comprovar especial dificuldade no caso que não poderia ser superada com a diligência ordinária.<sup>345</sup> No mesmo diapasão, caminha a jurisprudência espanhola<sup>346</sup>, argentina,<sup>347</sup> e portuguesa.<sup>348</sup>

---

<sup>345</sup> PARADISO. La responsabilità medica: dal torto al contratto (2001), p. 345.

<sup>346</sup> Tribunal Supremo, Sala 1ª, 11/12/01, sent. No 1193/2001, ponente: Sr. O'Callaghan Muñoz, en El Derecho, caso 2001/47. 118, Audiência Provincial de Asturias, sec. 5ª, 12/6/02, sent. Nº 264/2002, ponente: Sra. Puyeo Mateo, en El Derecho [Esp.], caso 2002/33.609, Audiência Provincial de Vezcaya, sec. 4ª, 10/4/01, sent. Nº 402/2001, ponente: Sr. Garcóa Martínez, en el Derecho [Esp.], caso

No Brasil ainda que haja tímida jurisprudência que insira a cirurgia plástica estética dentre as obrigações de meio<sup>349</sup>, a posição amplamente majoritária concebe-a como obrigação de resultado.<sup>350</sup> Todavia, começa a surgir, no Superior Tribunal de Justiça, entendimento intermediário, mas de confusos fundamentos. Nas palavras da Ministra NANCY ANDRIGHY: “Nos termos do art. 14 do CDC, continua havendo a necessidade de comprovação da culpa do médico para surgimento do dever de indenizar. Assim, nas obrigações de resultado, como na cirurgia plástica embelezadora, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva, mas transfere para o médico o ônus de demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.”<sup>351</sup> A princípio, parece afirmar a

---

2001/41.878; Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 14ª, 5/12/00, ponente: Sra. Alegret Burués, en el Derecho [Esp.], caso 2000/76.474, apud LÓPEZ MESA; TRIGO REPRESAS. Responsabilidad civil de los profesionales (2005), p. 531.

<sup>347</sup> LÓPEZ MESA; TRIGO REPRESAS. Responsabilidad civil de los profesionales (2005), p. 459.

<sup>348</sup> 1 - Em cirurgia estética se a obrigação contratual do médico pode não ser uma obrigação de resultado, com o médico a comprometer-se "em absoluto" com a melhoria estética desejada, prometida e acordada, é seguramente uma obrigação de quase resultado porque é uma obrigação em que "só o resultado vale a pena". 2 - Aqui, em cirurgia estética, a ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado são a evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico devedor. 3 - Ao médico compete, por isso, em termos de responsabilidade contratual, o ônus da prova de que o resultado não cumprido ou cumprido defeituosamente não procede de culpa sua, tal como o impõe o nº1 do art.799º do CCivil. 4 - Ao médico não basta, para cumprir esse ônus, a prova de que o tipo de intervenção efectuada importa um determinado risco (eventualmente aceite pelo paciente); é necessário fazer a prova de que a sua conduta profissional, o seu rigoroso cumprimento das "leges artis", foi de molde a poder colocar-se o concreto resultado dentro da margem de risco considerada e não dentro da percentagem em que normalmente a intervenção teria êxito (Acórdão de 17/12/2009, Proc. nº 544/09.9YFLSB, 7ª Secção. Rel. Pires da Rosa.)

<sup>349</sup> Cf. TJPR - 10ª C.Cível - AC 0616153-5 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Juiz Subst. 2º G. Vitor Roberto Silva - Unânime - J. 26.08.2010.

<sup>350</sup> REsp 236708/MG, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 18/05/2009; REsp 196306/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 03/08/2004, DJ 16/08/2004, p. 26; AgRg no REsp 846.270/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 30/06/2010; TJDF AC 20020110863469, Relator OTÁVIO AUGUSTO, 6ª Turma Cível, julgado em 09/06/2010, DJ 17/06/2010 p. 145; 20050111169836APC, Relator MARIO-ZAM BELMIRO, 3ª Turma Cível, julgado em 22/10/2009, DJ 09/11/2009 p. 138; TJPR - 8ª C.Cível - AC 0623080-8 - Cruzeiro do Oeste - Rel.: Des. Guimarães da Costa - Unânime - J. 13.05.2010;; TJSP APC 990103038738, Rel. Ministro Francisco Loureiro, 4ª Câmara de Direito Privado, Dj 20/10/2010; TJRS AC 70036943933, Rel. Marilene Bonzanini Bernardi, DF 30/11/2010; TJMG 1.0525.01.001526-7/002(1), Rel. Desembargador Alvimar de Ávila, DJ 22/03/2010.

<sup>351</sup> REsp 1180815/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010; De forma semelhante, já havia se manifestado o Ministro Eduardo Ribeiro no Resp 81.101/PR, publicado em 31/05/99: “Ter-se-á em conta, para isso, o que acima ficou exposto. O que se pretende obter com a cirurgia estética é algo que se pode dispensar e certamente se dispensará se os riscos forem grandes. Se o profissional dispõe-se a efetuar-la é porque os avaliou e concluiu que não o são. Verificando-se a deformação, em lugar de embelezamento, goza de verossimilhança a assertiva de

responsabilidade subjetiva, mas confere tratamento na modalidade objetiva, pois impõe ao médico a prova da existência de fortuito externo para justificar o não adimplemento do resultado. Na análise do inteiro teor, parece que o enfoque da Exma. Min. relatora é de fato sobre a existência ou não de fortuito, capaz de excluir a responsabilidade e não na possibilidade de simplesmente comprovar que agiu sem culpa. Portanto, permanece o tratamento da responsabilidade na modalidade objetiva. Um meio possível de integração, dissolvendo eventual confusão, seria uma inversão do ônus da prova previamente concebida, para todos os casos de cirurgia plástica, tomando-a, não propriamente como responsabilidade objetiva, mas como contratual e, portanto, de resultado. Nesse sentido, haveria uma presunção de responsabilidade, mas a prova da inexistência de culpa ainda se torna possível. Não se trataria de responsabilidade objetiva, pois o médico poderá se isentar da responsabilidade, não apenas alegando as excludentes previstas no artigo 14, §1º, do CDC (inexistência do defeito e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro ou mesmo fortuito), como também provando que agiu com a diligência que lhe era esperada e que, portanto, não lhe pode ser imputada culpa alguma. Nesse caso, a exclusão de responsabilidade se tornaria possível, não só com a prova do fortuito, mas também com a prova do cumprimento da *lex artis*.

De outro lado, nos casos em que a cirurgia plástica seja reparadora, quando se busca restaurar as condições físicas existentes, antes do dano estético sofrido pelo paciente, é certo que o médico não tem como garantir o resultado. Nesses casos, a jurisprudência brasileira tem entendido a obrigação como de meio e, portanto,

---

que a melhor técnica não terá sido seguida, ensejando a aplicação do art. 6, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Nem haverá qualquer desatenção ao que estabelece o art. 14, parág. 4, do mesmo código. A responsabilidade depende da culpa, mas o ônus da prova se inverte. A incidência da norma que admite seja isso feito supõe exatamente que, em princípio, caberia ele à outra parte.” Em julgado mais recente resta consignado o novo entendimento que se consolida: “(...) 2. Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico. 3. No caso, o Tribunal a quo concluiu que não houve advertência a paciente quanto aos riscos da cirurgia, e também que o médico não provou a ocorrência de caso fortuito, tudo a ensejar a aplicação da súmula 7/STJ, porque inviável a análise dos fatos e provas produzidas no âmbito do recurso especial.” (REsp 985888/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 13/03/2012).

subjetiva a responsabilidade.<sup>352</sup> Também esse é o entendimento da jurisprudência Argentina.<sup>353</sup>

Em voto precursor, o Ministro WALDEMAR ZVEITER, quando ainda desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, fez consignar:

“Na cirurgia estética, ao contrário da reparadora, quando o médico está lidando com paciente saudável que, apenas, deseja melhorar sua aparência e com isso se sentir psiquicamente melhor, havendo uma obrigação de resultado, dela não se excluem os princípios da culpa, inalcançando o resultado satisfatório, disso decorrerá a presunção de culpa contra o médico, competindo-lhe então ilidi-la com inversão do ônus da prova. Se, contudo, preponderantemente reparadora a cirurgia, realizada a prova e dela resultando que o ato cirúrgico realizou-se dentro dos padrões técnicos exigidos, não há suporte à indenização.”<sup>354</sup>

Difícil, todavia, é a definição dos limites entre uma cirurgia estética e uma reparadora. Acentua LORENZETTI que se tem aceitado com muita tranquilidade o enquadramento de uma cirurgia de lábio leporino como reparadora, diante da existência de uma enfermidade congênita. Entretanto, expressa dificuldades em explicar como alguém que nasce com um nariz enorme ou com orelhas espantosas está menos enfermo que alguém que possui lábio leporino. De outro lado, cirurgias para correção de queimaduras ou cicatrizes causadas por acidente têm sido consideradas reparadoras, a despeito de tais deformidades não causarem qualquer prejuízo à saúde, apresentando-se, ao final, de cunho eminentemente estético. Censura-se quem deseja modificar o nariz, por não haver uma enfermidade prévia, mas, questiona o autor, qual seria a diferença entre alguém que nasceu com um nariz disforme, para outro que do mesmo modo o tem, em razão de um acidente ou devido a golpes recebidos em sessões de tortura policial? São frágeis as razões para se conferir tratamento desigual.<sup>355</sup>

<sup>352</sup> AgRg no REsp 256.174/DF, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 04/11/2004, DJ 22/11/2004. TJSP AC 994050130760, Comarca de São Paulo, Relator Desembargador Octávio Helene, 10ª Câmara de Direito Privado, DJ 08/09/2010; TJMG AC 1.0479.03.051362-2/002(1), Relator Desembargador José Amancio, DJ 11/10/2007; TJSP AC 994040262391, Comarca de São Paulo, Relator Desembargador Luiz Ambra, 8ª Câmara de Direito Privado DJ 12/08/2010; TJSP AC 99409034122, comarca de Americana, Relator Desembargador Jesus Lofrano, DJ 02/06/2010.

<sup>353</sup> CNCiv., Sala K, 22/10/01, “G., G. c/F.A.R”, LL 2001-F-532.

<sup>354</sup> 2º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRJ, reg. Em 21.6.1988, Eap 1.232/87, Rel. Des. Waldemar Zveiter, in ADV no 42.124. In CARVALHO. Responsabilidade civil médica (2002), p.161.

<sup>355</sup> Responsabilidad civil de los médicos, tomo II, pp. 383-384.

Na ótica de KFOURI NETO, em toda cirurgia estética há uma função curativa sobre as perturbações psíquicas e sociais, sendo limitada a compreensão de saúde como um bem estar exclusivamente físico, assim como o de doença associada apenas aos processos patológicos de degeneração orgânica.<sup>356</sup>

Em razão disso, alguma doutrina tem sustentado que, ainda que a cirurgia plástica seja estética, não se poderá fugir à regra da responsabilidade subjetiva, por tratar-se de obrigação de meio, tal quais as demais intervenções médicas.<sup>357</sup>

Há ainda quem se posicione de modo intermediário, optando por um misto de obrigação de resultado e de meio, ou mais precisamente, pela “responsabilidade em face da contratação, com forte carga de objetiva”, sob o argumento de que é exigível que se apresente melhora, com a mudança do aspecto ou do defeito anterior, admitindo-se, todavia, uma margem de tolerância, com pequenas diferenças.<sup>358</sup>

A tal panorama acrescente-se a assunção do risco por parte do paciente, quando, devidamente informado e consciente, no exercício de seu direito de autodeterminação. Pondera PENNEAU que, como a cirurgia plástica estética se apresenta como eletiva, o paciente deve ser especialmente informado, por escrito, quanto aos resultados esperados, complicações e riscos da cirurgia. Desse modo, o ônus da prova de ter cumprido com o dever de informar pertence totalmente ao médico.<sup>359</sup>

Nesse mesmo diapasão, acentua BENACCHIO que o enquadramento da cirurgia plástica estética, como obrigação de meio ou de resultado, dependerá do grau de informação recebido pelo paciente e seu grau de assunção de risco. A falta de informação adequada levará à presunção de se submeter a tratamento para busca de um resultado específico (embelezamento), que poderá ser afastada, se provada a prestação das devidas informações quanto aos riscos e incertezas do resultado esperado.<sup>360</sup>

---

<sup>356</sup> KFOURI NETO. Responsabilidade civil do médico (2007), p. 180.

<sup>357</sup> DIAS. Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade médica (1993), p. 51; Moreira do Rosário. A perda da chance de cura da responsabilidade civil médica (2009), p. 82.

<sup>358</sup> RIZZARDO. Responsabilidade Civil (2009), p. 347.

<sup>359</sup> PENNEAU. La réforme de la responsabilité médicale : responsabilité ou assurance (1990), p. 531.

<sup>360</sup> BENACCHIO. Responsabilidade do médico (2009), p. 331.



O dano estético é marcado por patente subjetividade, visto que o próprio conceito de beleza é relativo, bem como indecifráveis as expectativas do paciente submetido a uma cirurgia de alterações corporais visíveis. Surge então a necessidade de se definir limites entre uma intervenção substancialmente não permitida e uma relação socialmente irrelevante. Na perspectiva de JACOBS, “não são relevantes as expectativas individuais da vítima, determinantes são as expectativas que têm e que gozam de apoio social”.<sup>361</sup> De fato, diante da marcante subjetividade, essa parece ser a melhor orientação. Contudo, outra será a perspectiva, se houver uma delimitação de tal subjetividade, exteriorizada no instrumento contratual, no qual venham definidas as expectativas do paciente, conferindo parâmetros novos à caracterização dos deveres assumidos pelo cirurgião. Ao final, entendemos que o problema é melhor resolvido na perspectiva do incremento do risco, sobre a qual este trabalho se pautará mais adiante.

### **3.7 Responsabilidade no âmbito das atividades hospitalares**

Importa que se faça a devida distinção entre as atividades propriamente médicas e aquelas de natureza empresarial, atinentes aos serviços de acomodação e cuidado, em que se vislumbram características de empreendedorismo, próprias à concepção da teoria do risco da atividade. Aos serviços de enfermaria, a doutrina tem apontado a responsabilidade objetiva advinda de um verdadeiro contrato de hotelaria, de hospedagem<sup>362</sup>. Haveria nesses casos o dever de zelar pela segurança do paciente e pelo direito de ver resguardada sua integridade física, considerando que boa parte dos pacientes se encontra, ao menos por determinado período, em estado de inconsciência, seja pela intervenção anestésica, seja em consequência de algum acidente ou moléstia.<sup>363</sup> Nessas características de serviços próprios do hospital como local de estada, enquadram-se também os serviços de acomodação, nutrição,

---

<sup>361</sup> JAKOBS. A imputação objetiva no Direito Penal (2000), pp. 76-80.

<sup>362</sup> Cf. FERNANDEZ COSTALES. *El contrato de servicios médicos*(1988), p. 235.

<sup>363</sup> DIAS. Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade médica (1993), p. 42-43.

recepção e transporte de doentes.<sup>364</sup> Em tais misteres, encontra-se o dever de manter incólume o paciente.<sup>365</sup> Fora dessas situações, a obrigação volta a ser de meio, quando se tratar da intervenção médica ou aplicação medicamentosa.<sup>366</sup>

Tratando-se propriamente de erro médico, o hospital responde objetivamente pelos danos causados, apenas quando verificada a infração de deveres de conduta por parte de seus médicos empregados. Percebe-se que a responsabilidade médica continua sendo subjetiva, exigindo-se a prova da culpa da conduta médica, da violação de um dever de conduta. O que se dispensa é a prova de que o hospital agiu com culpa, ao contratar o profissional médico (*culpa in eligendo*). Provada a negligência de seu preposto, o hospital responderá objetivamente pelo dano causado. Entendimento diverso a esse, que impusesse a mera aplicação da responsabilidade objetiva (nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro), ao argumento de tratar-se de serviço empresarial, representaria exigir do hospital a garantia da cura, de tal modo que todo insucesso no tratamento implicaria responsabilidade. É evidente que, tal qual de um médico que atende o paciente em seu consultório, não se pode exigir a garantia da cura, também ao hospital, que atende por meio de seus médicos empregados, não se pode imputar uma obrigação de resultado. De outro lado, correta é a isenção do dever de provar a culpa *in eligendo* do hospital, que assume o risco da atividade por ele exercida e responde objetivamente pelos atos de seus prepostos (nos termos dos artigos 34 do Código de Defesa do Consumidor e 932, III, do Código Civil brasileiros, assim como dos artigos 165 e 998 do Código Civil português). Assim tem caminhado a jurisprudência brasileira.<sup>367</sup>

---

<sup>364</sup> CAMARA SOUZA. Responsabilidade civil e penal do médico (2008), p 119. Entendendo que o hospital responde sempre objetivamente sem definir campos de atuação: CARVALHO. Iatrogenia e erro médico (2007), p. 35.

<sup>365</sup> Idem, p. 121.

<sup>366</sup> A jurisprudência francesa, todavia, tem entendido por vezes que, no que toca à administração medicamentosa, há obrigação de resultado quanto à qualidade do produto. Caso ilustrativo é do Tribunal de Cassação de 4 de Fevereiro de 1959, em que, após injeções hipodérmicas, o paciente desenvolveu necrose cutânea, que, na opinião do perito, se deveu a reações provocadas pelo produto que causa irritação cutânea e que se encontrava deteriorado. O Tribunal entendeu que a natureza do contrato celebrado entre o doente e a clínica implica, pela confiança depositada pelo paciente, uma obrigação de resultado quanto à garantia da qualidade dos medicamentos.

<sup>367</sup> CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE.

Em casos de estabelecimentos médicos psiquiátricos, tem havido divergências quanto à natureza do dever de resguardo da integridade física do paciente, visto que, enquanto alguns afirmam ser obrigação de resultado, ante a prévia ciência dos riscos de autolesão inerente à condição em que se encontram<sup>368</sup>, outros argumentam ser impossível garantir o resultado, em razão da inquestionável instabilidade psicológica dos pacientes assistidos.<sup>369</sup>

Nesse contexto é que se apresentam também as decorrências de infecções hospitalares. Segundo o médico NOVAH MORAES, as taxas de infecção hospitalar relatadas na literatura médica variam entre 1,8 a 43,1% em hospitais americanos, ingleses e canadenses. Em estudo realizado em um quarto dos hospitais americanos, Altemcier registra 7,4%, em média. No Brasil, nos hospitais do Rio de Janeiro, a média se encontra em 9,9%.<sup>370</sup> Diante da previsibilidade das infecções, das possibilidades de

1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes.

Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposos do empregado ou preposto.).

2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrematado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.

3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa). (REsp 258389/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 16/06/2005, DJ 22/08/2005 p. 275)

Também em outra ocasião, decidiu o STJ brasileiro nos seguintes termos: “a responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (art. 14 do CDC), não sendo necessário demonstrar a culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. Precedente citado: REsp 696.284-RJ, DJe 18/12/2009. REsp 1.184.128-MS, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 8/6/2010.

<sup>368</sup> *El nosocómio tiene un deber de cuidado que en el caso es una obligación de seguridad. Al tomar al paciente asume el riesgo de su tratamiento y debe desarrollar una tecnología adecuada para hacerlo con eficacia. En estos supuestos, se exige una previsibilidad relacionada con el comportamiento especial del enfermo psiquiátrico o depresivo que contemple como algo probable la tendencia suicida o autolesiva. Este resultado no es per se, un hecho extraño sino, por el contrario, es el objeto del tratamiento y consecuentemente debe ser previsible. (...) Si es alguien que tenía antecedentes o que está internado justamente para evitar que se autolesione, evidentemente la responsabilidad será mayor. Si, en cambio, es alguien que está internado en sistemas abiertos con posibilidad de desempeño propio, con salidas diarias, la probabilidad de autolesión es menos previsible.* LORENZETTI. Responsabilidad civil de los médicos, tomo II, p. 155.

<sup>369</sup> Cf. BUERES, Responsabilidad civil de los médicos (1980), p. 132.

<sup>370</sup> NOVAH MORAES. Erro médico e a justiça (2003), p. 322.

evitá-las e do inerente risco da atividade exercida pelos hospitais, alguns autores têm defendido o modelo da responsabilidade objetiva.<sup>371</sup> Assim também tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça brasileiro.<sup>372</sup>

Importa a verificação do grau de eficiência da Comissão de Controle de Infecção Hospitalar – CCIH (Portaria no 196, de 14/06/1983, do Ministério da Saúde brasileiro), que tem como principais atribuições a vigilância epidemiológica do hospital, o controle do uso de antimicrobianos, a elaboração de normas técnicas preventivas de infecções hospitalares e a elaboração de relatórios à direção do hospital, notificando as autoridades competentes em caso de comunicação compulsória.<sup>373</sup>

### 3.8 Responsabilidade pelo fato da coisa

O dano poderá ter origem no mau funcionamento de maquinários ou inadequação de instrumentos necessários à cirurgia. Poderá argumentar-se que ao médico caberá a obrigação de verificar a adequação do instrumental utilizado. Todavia, haverá defeitos que não poderão ser previamente detectados ou que, sendo

<sup>371</sup> ZULIANI. Responsabilidade civil fundada em erro médico (2003), p. 149; ALVIM. Reflexões sobre a responsabilidade civil médica. A tutela antecipatória na ação de reparação, p. 215. Em sentido contrário: Cf. TEIXEIRA. A responsabilidade civil do médico, p. 202.

<sup>372</sup> AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - INDENIZAÇÃO - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - INFECÇÃO HOSPITALAR - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL - ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE - RECURSO IMPROVIDO. (AgRg no AREsp 10.851/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 17/10/2011). "O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si" (REsp 629.212/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 17/09/2007, p. 285). Em outra ocasião acentuou o mesmo tribunal: "Tratando-se da denominada infecção hospitalar, ha responsabilidade contratual do hospital relativamente a incolumidade do paciente, no que respeita aos meios para seu adequado tratamento e recuperação, não havendo lugar para alegação da ocorrência de "caso fortuito", uma vez ser de curial conhecimento que tais moléstias se acham estreitamente ligadas a atividade da instituição, residindo somente no emprego de recursos ou rotinas próprias dessa atividade a possibilidade de prevenção. Essa responsabilidade somente pode ser excluída quando a causa da moléstia possa ser atribuída a evento específico e determinado." (REsp 116372/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 11/11/1997, DJ 02/02/1998 p. 110). RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. INFECÇÃO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. ART. 14 DO CDC. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si. O valor arbitrado a título de danos morais pelo Tribunal a quo não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não justificando a excepcional intervenção desta Corte para revê-lo. Recurso especial não conhecido. (REsp 629.212/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 17/09/2007, p. 285).

<sup>373</sup> Cf. CAMARA SOUZA. Responsabilidade civil e penal do médico (2008), p. 180.

possível, exijam conhecimentos técnicos alheios à formação médica. Não se pode exigir, por exemplo, que o médico verifique de antemão alguma fadiga mecânica que poderá levar à quebra do aparelho. De outro lado, se o patologista observar que o tecido recebido para a análise foi danificado durante o processamento do material histológico, impossibilitando a boa execução do diagnóstico, deverá requerer novo material, negando-se a dar seu laudo.

Quatro hipóteses se apresentam:

- a) O médico negligentemente deixa de verificar a aparelhagem e, assim, descobrir impropriedade que, ante os conhecimentos de que dispunha, poderia ter posto à luz o defeito e evitado o dano a que o paciente acaba sendo exposto. Tome-se o exemplo de um médico que deixa de verificar se a prótese de quadril que irá instalar está com a embalagem estéril intacta. Após já iniciada a cirurgia, percebe que a prótese havia rasgado a embalagem. Caso haja outra prótese, poderá optar pela substituição. Contudo, se não houver outra, se ainda assim optar pela instalação, responderá, evidentemente, pelas consequências de futura infecção. Poderá ainda optar pela instalação de outra de tamanho maior existente, o que o responsabilizará, de todo modo, pelo provável aumento indesejado de uma das pernas.
- b) O médico deixa de verificar a conformidade da aparelhagem, quando tinha condições para tanto. O paciente não sofre dano algum, mas deixa de auferir o benefício esperado, privando-o da chance de interromper o nexo causal do prejuízo a que a enfermidade o submete. É o caso de um maquinário de radioterapia com falta de funcionalidade aparente. Nesse caso, o profissional responderá segundo as regras da perda de uma chance (cfr. 3.9).
- c) O médico não tinha como detectar o problema presente na aparelhagem, o que acaba impedindo que o paciente, ao final, receba os benefícios do tratamento, sem, contudo, causar-lhe um dano adverso. A fim de se evitar trombose, é comum o uso de meias elásticas. Poderá ocorrer que a meia não exerça a pressão necessária, sem que o médico possa aparentemente perceber. Se, todavia, o paciente não vier a desenvolver trombose, nenhum prejuízo haverá.
- d) Finalmente, questão mais complicada será a de saber se o médico responde, quando não tinha condições de detectar o problema, e o paciente sofre o dano, dada a inexistência de culpa.

A doutrina argentina tem conferido uma presunção de culpa do profissional, imputando-lhe a responsabilidade pelo que se convencionou chamar de “fato da coisa”,<sup>374</sup> posição que nos parece acertada. Ao assumir o uso de maquinários e outros instrumentais em sua profissão, o médico assume a responsabilidade de verificação da adequação do aparelho. O material torna-se parte do próprio risco do

<sup>374</sup> Cf. LORENZETTI. Responsabilidad civil de los médicos, tomo II, pp. 82-94.

empreendimento. Há uma interação entre o serviço prestado e o produto que é instrumento do próprio serviço. No caso de instalação de próteses, sondas ou outros objetos que se tornaram parte do próprio corpo do paciente, há inclusive um verdadeiro contrato de compra e venda ou, no mínimo, de intermediação, em que o médico passa a ser garante das qualidades do produto.

Ao médico, entretanto, será reservado o direito de provar que empregou toda a diligência necessária para evitar o dano e garantir a boa qualidade do produto utilizado, afastando a presunção. Não se trata, portanto, de responsabilidade objetiva, em que a prova da culpa é irrelevante, mas sim de presunção de culpa, que continuará sendo objeto de discussão, apta a imputar responsabilidade ou eximir o profissional desta.

### 3.9 Responsabilidade pela perda de uma chance de cura

A teoria da perda de uma chance tem origens na França (*perte d'une chance de survie ou guérison* - perda de uma chance de cura ou de sobrevivência) e, de forma paralela, no sistema norte americano (*loss of a chance*). Aplicar-se-á nos seguintes casos: a) a parte resta privada das chances de alcançar um benefício futuro; b) a parte perde a chance de interromper o nexo causal de um prejuízo já em curso; c) falta de informação que venha impedir a tomada de uma decisão esclarecida sobre determinada ação. Como o nexo causal é hipotético e meramente probabilístico, podemos enquadrar a hipótese dentre os casos de causalidade hipotética ou virtual.

A primeira hipótese não apresenta maiores interesses a esse trabalho. Refere-se a casos como o de um candidato a concurso público que é privado de realizar a prova, ao sofrer acidente de trânsito, por culpa de um terceiro. Relevantes a esse trabalho são as duas outras hipóteses. Na segunda, encontram-se os erros de diagnóstico que impedem o início de determinado tratamento médico.<sup>375</sup> Na terceira,

---

<sup>375</sup> Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal que “2. O médico que, ao efetuar exame de ultra-sonografia endo-vaginal sem a exibição de solicitação de outro profissional, omite-se quanto à efetivação de anamnese destinada à aferição do estado clínico da paciente e da indicação do

se aloca a privação de informações necessárias para a opção pela aceitação de determinado tratamento. O traço diferenciador entre as duas últimas hipóteses se dará quanto à necessidade de um ato. Enquanto na segunda o tratamento médico é necessário e o erro de diagnóstico acaba postergando-o e, possivelmente, prejudicando-o; na terceira a própria decisão quanto aos riscos inerentes ao tratamento médico é o fator inicial do nexo causal, que poderia ter sido evitado, não fosse a falta de informação.

KING JR estrutura os requisitos para aplicação da teoria nos seguintes termos: 1) o agente, de forma culposa, infringiu um dever que tinha para com a vítima que lhe conferia a perspectiva de um ganho; 2) este dever estava fundado em uma relação especial contratual ou em razão do exercício de uma função, de forma a conferir suporte a um dever pré-existente, ou a questão se limita a ponderar quais os efeitos contributivos de causas pré-existentes sobre um dano comprovadamente causado pelo agente; 3) a ação culposa do agente reduziu as chances da vítima de um resultado mais favorável; 4) a ação do agente também é causa da dificuldade em se precisar se o resultado mais favorável teria de fato ocorrido, não fosse a conduta do agente. A perda da vítima deverá ser medida pela extensão do percentual de chance de ter alcançado um resultado mais favorável, reduzido pela conduta culposa do agente.<sup>376</sup>

Segundo MOREIRA ROSÁRIO:

“a perda de uma chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro... A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável que integra as faculdades de atuação do sujeito, considerando um dano ainda quando possa resultar dificultoso estimar seu alcance. Nessa concorrência de fatores

---

exame e, efetuando a ecografia, não detecta o avançado estado gravídico da examinanda, diagnosticando a presença de nódulos uterinos, incorre em erro de diagnóstico, ensejando a caracterização de falha nos serviços que fornecera. 3. O erro de diagnóstico, impregnando na paciente a apreensão decorrente de ter sido apontada como portadora de enfermidade e infirmando a convicção de que se encontrava em estado de gravidez avançado, impedindo-a de se pautar de forma condizente com o estado gestacional, procurar acompanhamento médico adequado e se preparar para o parto que se aproximava, culminando com a ocorrência do nascimento da criança gestada através de parto caseiro, qualifica-se como ilícito civil e, tendo repercutido nos direitos da personalidade de mãe e filha, enseja a caracterização do dano moral passível de legítima compensação pecuniária (20010110834534APC, Relator TEÓFILO CAETANO, 2ª Turma Cível, julgado em 15/04/2009, DJ 27/04/2009 p. 70).

<sup>376</sup> KING JR. Reduction of likelihood reformulation and other retrofitting of loss-of-a-chance doctrine (1997), pp. 542-543.

passados e futuros, necessário e contingentes existe uma consequência atual e certa”<sup>377</sup>

BOCCHIOLA compreende a natureza do prejuízo sofrido com a chance perdida como uma espécie de propriedade já presente no patrimônio jurídico do lesado, antes mesmo da lesão, e nisso procura conferir o significado necessário a fundamentar a indenização. O fato danoso não incide sobre uma vantagem que poderia ser alcançada, mas sobre uma entidade já existente e integrante do patrimônio jurídico do sujeito.<sup>378</sup>

No que concerne ao erro de diagnóstico, será escusável, quando o profissional, ao empregar as técnicas corretas, obtiver uma falsa percepção da realidade.<sup>379</sup> A regra geral permanece a mesma: não se pode imputar ao médico responsabilidade pelo simples não implemento do resultado esperado, qual seja, a detecção acertada da moléstia.<sup>380</sup> De outro lado, é inequívoco que o médico se torna responsável pelo diagnóstico impreciso, causado por uma negligência em obter os elementos necessários ou por uma falta em não ter recorrido a processos de controle e investigação, cientificamente exigíveis, e de acordo com o estado da técnica no momento. Desse modo, distinta do erro de julgamento é a falta de prudência ou de conhecimentos no apuramento do diagnóstico.

Nas origens, a doutrina francesa buscava fundamentos para a teoria da perda da chance de cura ou sobrevivência na chamada causalidade parcial.<sup>381</sup> O intuito era diferenciar dos casos clássicos de perda de uma chance, em que as chances de lucro de um processo em curso são frustradas pela interrupção do processo aleatório em que se encontrava determinada conduta, como é o caso de um cavalo de corrida que sofre lesão que o impede de correr. Haverá, para tanto, um conceito específico de dano. No caso de negligência médica que frustra uma possível chance de cura, o processo causal já se encontra em curso e o que se questiona é a possibilidade de tê-lo interrompido, em meio a tantas outras variáveis. A conduta do réu, nesse caso, não interrompe o nexo causal.<sup>382</sup>

<sup>377</sup> ROSÁRIO. A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica (2009), p. 133.

<sup>378</sup> BOCCHIOLA. Perdita di una chance e certezza del danno (1976) p. 84

<sup>379</sup> Cf. AGUIAR JR. Responsabilidade civil do médico (2000), pp. 144-145.

<sup>380</sup> “Um erro de diagnostico não constitui por si mesmo uma falta profissional” (Paris, 29.3:1996).

<sup>381</sup> Cf. SAVATIER. Traité de la Responsabilité civile, t. II (1951), pp. 10-11.

<sup>382</sup> Cf. SILVA. Responsabilidade civil pela perda de uma chance (2007), pp. 47-101.



Na Itália, partindo da afirmação da elevação da chance perdida à dignidade de direito subjetivo, afirma a corte de cassação: *La resarcibilità del danno da perdita di chance, intesa come probabilità effettiva e congrua di conseguire un risultato utile, da accertare secondo il calcolo delle probabilità o per presunzioni* (Em tradução livre: O ressarcimento do dano pela perda de uma chance, entrelaça-se como probabilidade efetiva e cônica de conseguir um resultado útil, por meio de um cálculo de probabilidade ou por presunção).<sup>383</sup>

Em 10 de março de 1966, a Corte de Apelação de Paris julgou um caso em que uma mulher, após ter dado à luz um bebê, foi acometida de forte hemorragia que a levou a óbito. O curioso é que, mesmo constatando a negligência médica em ter deixado a paciente sem acompanhamento, após o parto, a condenação se restringiu ao patamar de 80%, em razão da afirmação dos peritos de que 20% dos pacientes nesse estado, mesmo com o devido cuidado, vêm a falecer.<sup>384</sup>

Na Inglaterra, no caso *Hotson v East Berkshire Area Health Authority*<sup>385</sup>, um garoto de 13 anos, após queda de uma árvore, foi levado a um hospital para ter seu quadril examinado, sem que o correto diagnóstico tenha sido efetuado. Após 5 dias, foi constatada necrose vascular, gerando invalidez permanente da perna. Em primeira instância, foi apreciado que, se diagnosticada tempestivamente, o paciente teria 25% de chance de cura e em razão disso foi lhe arbitrada indenização sob este patamar, para condenar a uma indenização de £11,500. A decisão foi confirmada em segunda instância. Contudo, na Casa dos Lords, a decisão foi reformada, sob o argumento de que o paciente falhou em demonstrar o nexo de causalidade suficiente para a condenação. Importante contribuição nesse caso ficou por conta do voto do juiz SIR JOHN DONALDSON, que asseverou que, se o autor pode amparar-se na perda dos benefícios de um tratamento futuro, ainda assim terá de provar o valor do benefício perdido, bem como as probabilidades que teria de alcançá-lo. No caso presente o autor comprovou que as chances que tinha de evitar o dano, caso o diagnóstico tivesse ocorrido, eram de uma em quatro. Em seguida, pôde comprovar o valor monetário do

---

<sup>383</sup> Sent. N. 6506/85; n. 6657/91; 781/92; n. 4725/93.

<sup>384</sup> Idem, p. 82.

<sup>385</sup> [1987] 2 All ER 909.

sofrimento a que terá de se submeter. Finalmente, concluiu que o valor da indenização deverá ser então de um quarto do valor do prejuízo.<sup>386</sup>

De outro lado, em caso semelhante da jurisprudência americana, *Kramer v. Lewsville Memorial Hospital*,<sup>387</sup> a Corte suprema do Texas rejeitou o argumento da teoria da perda de uma chance, quando a equipe de um hospital falhou em diagnosticar um câncer na coluna vertebral que, em consequência, teria diminuído as chances de o paciente sobreviver. A corte entendeu que a única exceção que se reconhece aos princípios consolidados da causalidade é a necessária combinação de duas condutas combinadas, para causar dano de maneira que a responsabilidade individual não possa ser aferida.<sup>388</sup>

Em Portugal, todavia, a teoria da perda de uma chance tem encontrado resistência, ao menos no que diz respeito a uma responsabilidade probabilística, tanto doutrinária como jurisprudencialmente.<sup>389</sup> A bem da verdade, importa também ter em

---

<sup>386</sup> Idem, p. 217.

<sup>387</sup> 858 S. W 2d at 398-99, 407.

<sup>388</sup> HOMER. Indivisible injury negligence and nuisance cases – proving causation among multiple-source polluters: a estate-by-state survey of the Law for New England, and a proposal for a new causation framework (2004-2005), p. 83.

<sup>389</sup> Em emblemático caso da jurisprudência portuguesa, o Supremo Tribunal de Justiça português foi instado a se manifestar sobre o cabimento da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico português. A autora e o réu eram professores do quadro de nomeação definitiva da Escola Secundária Braamcamp Freire, na Pontinha, onde o réu havia exercido o cargo de Presidente do Conselho Diretivo, entre 15-07-1997 e Julho de 2000. Em 11-01-1997, a autora apresentou sua candidatura à avaliação extraordinária para efeitos de reconhecimento de mérito excepcional. Seu pedido fora indeferido ao fundamento de não existir informação fundamentada do órgão de administração e gestão do estabelecimento de ensino. A autora atribuiu o problema à omissão do réu. Em razão disso, fora impedida de progredir na carreira. A respeito da chance perdida, restou consignado no acórdão: "Se não são suficientes para ser alcançada qualquer protecção legal, falar-se-á, com propriedade, apenas em "esperança" para a distinguir dos casos em que já intervém essa protecção legal que seriam de "expectativa jurídica" propriamente dita (Cfr-se Galvão Teles, O Direito, Ano 90, página 2). A protecção legal não está, em termos gerais, na nossa lei pelo que só nos casos específicos onde ela existe se poderá, a nosso ver, falar de expectativas jurídicas (cfr-se, Pessoa Jorge, ob. e loc. citado, Oliveira Ascensão Teoria Geral do Direito Civil, III, 85 e Galvão Teles, ob. e loc. citados). No nosso caso, o "iter" seguido pela autora apenas poderá considerar-se tutelado se dever ser acolhida a figura da perda de chance ou de perda de oportunidade, pelo que a ela nos vamos referir. XIII - A conduta do réu levou a que a autora ficasse de fora da chance de obter a menção de "Excelente". À perda de chance, dedica pormenorizado estudo Júlio Gomes (Direito e Justiça, vol. XIX, 2005, II), escrevendo, em estilo de conclusão, que: "Afigura-se-nos, pois, que a mera perda de uma chance não terá, em geral, entre nós, virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória...Na medida em que a doutrina da perda de chance seja invocada para introduzir uma noção de causalidade probabilística, parece-nos que a mesma deverá ser rejeitada entre nós, ao menos de jure condito...Admitimos, no entanto, um espaço ou dimensão residual da perda de chance no Direito Português vigente: referimo-nos a situações pontuais, tais como a situação em que ocorre a perda dum bilhete de lotaria, ou em que se é ilicitamente afastado dum concurso ou de uma fase posterior dum concurso. Trata-se de situações em

mente que sua rejeição caminha paralelamente a uma relutância doutrinária no aprofundamento do tema.

O sistema jurídico civilista brasileiro não impõe entraves para a condenação à reparação da perda de uma chance, visto que o artigo 949 não tipifica de maneira estrita os diversos tipos de indenização: “Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, *além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.*” (grifamos). O artigo 402, ainda arremata que: “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

Segundo SAVI, negar a indenização pela perda de uma chance equivaleria “à infringência dos postulados do pós-positivismo, como a hermenêutica principiológica,

---

que a chance já se "densificou" o suficiente para, sem se cair no arbítrio do juiz, se poder falar no que Tony Weir apelidou de "uma quase propriedade", um "bem". Também Rute Pedro (A Responsabilidade Civil do Médico, 179 e seguintes) dedica pormenorizado estudo a esta figura, afirmando, a dado passo, que: "A perda de chance, enquanto tal, está ausente do nosso direito. Em Portugal, poucos são os Autores que se referem à noção de perda de chance e, quando o fazem, dedicam-lhe uma atenção lateral e pouco desenvolvida. Pode, também, entender-se que paira nas entrelinhas de decisões judiciais portuguesas, estando subjacente a algumas delas em que os tribunais expendem um raciocínio semelhante ao que subjaz a esta teoria, sem, no entanto, se lhe referirem." (página 232) (...). Paulo Mota Pinto em Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo, I, 1103 nota de pé de página debruça-se sobre a figura, referindo que: "...Não parece que exista já hoje entre nós base jurídico-positiva para apoiar a indemnização de perda de chances...Antes parece mais fácil percorrer o caminho da inversão do ônus, ou da facilitação da prova, da causalidade e do dano, com posterior redução da indemnização, designadamente por aplicação do artigo 494.º do Código Civil, do que fundamentar a aceitação da "perda de chance" como tipo autónomo da dano, por criação autónoma do direito para a qual faltam apoios..."

(...)

Quanto à vertente jurídica, logo constatamos que, na ordem interna portuguesa, a figura da perda de chance não tem tido um tratamento, quer a nível doutrinário, quer a nível jurisprudencial, que permita guindá-la a um capítulo autónomo dentro do direito dos danos e (ou) da relação de causalidade. Mais constatamos que não se trata dum dano futuro, porque a natureza dos danos, para estes efeitos, há-de ser aferida tendo em conta a data da decisão judicial que os aprecia e, quando é proferida a decisão judicial de primeira instância, já se verificou a perda da chance (veja-se o presente caso em que, quando foi proferida aquela, já se consumara a não apreciação da pretensão da autora relativamente à classificação de "excelente"). Não vale aqui o critério da previsão - com toda a sua insegurança - que o artigo 564.º, n.º2 do Código Civil contempla. Mantêm-se, portanto, os contornos que se vêm sedimentando no tempo relativos, quer aos danos, quer ao nexo de causalidade. Quanto aos danos, o que nos importa é o da certeza, emergente do artigo 483.º. Certeza essa que cede dando lugar à "previsibilidade" só no caso do artigo 564.º. Esta referência a "previsibilidade" afasta a aplicação deste preceito, por analogia, aos casos de perda de chance porque nestes, no momento em que se julga, não se estabelece já qualquer raciocínio relativamente ao que é previsível. Tudo se passou e só se o preceito se referisse a "probabilidade" poderia valer, analogicamente, para aqui (sic) (Acórdão de 22/10/2009. Proc. nº 409/09.4YFLSB. 2ª Secção. Rel. João Bernardo).

a força normativa da Constituição Federal e a necessidade de releitura dos institutos tradicionais de Direito Civil à luz da tábua axiológica constitucional”.<sup>390</sup>

Assim, em caso da jurisprudência paranaense, em que foi dada alta médica a paciente, portadora de pneumonia, para tratamento domiciliar, quando se aconselhava tratamento hospitalar, asseverou-se que “é responsável pelos danos, patrimoniais e morais, derivados da morte do paciente, o hospital, por ato de médico de seu corpo clínico que, após ter diagnosticado pneumonia dupla, recomenda tratamento domiciliar ao paciente, ao invés de interná-lo, pois, deste modo, privou-o da chance (*perte d'une chance*) de tratamento hospitalar, que talvez o tivesse salvo.”<sup>391</sup> No mesmo diapasão, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro tem dado guarida à perda de uma chance, desde que esta seja fundada em chances reais de êxito.<sup>392</sup>

De outro lado, COUTO FILHO e PEREIRA SOUZA criticam a teoria, defendendo que se faz contrária ao ordenamento jurídico brasileiro, por apresentar-se sob as seguintes

<sup>390</sup> SAVI. Responsabilidade civil por perda de uma chance (2006), p. 88.

<sup>391</sup> TJRS – Processo nº 596070979 – 5ª Câmara Cível – Rel. Araken de Assis – 15/08/96.

<sup>392</sup> “1. A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. 2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da “perda de uma chance” devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa (...) (REsp 1190180/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 22/11/2010).

Em outro julgado, restou assentado pelo mesmo tribunal: “ (...) II.- As Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte vêm reconhecendo a possibilidade de indenização pelo benefício cuja chance de obter a parte lesada perdeu, mas que tinha possibilidade de ser obtida III.- Aplica-se a teoria da perda de uma chance ao caso de candidato a Vereador que deixa de ser eleito por reduzida diferença de oito votos, após atingido por notícia falsa publicada por jornal, resultando, por isso, a obrigação de indenizar. IV.- Tendo o Acórdão recorrido concluído, com base no firmado pelas provas dos autos, no sentido de que era objetivamente provável que o recorrido seria eleito vereador da Comarca de Carangola, e que esse resultado foi frustrado em razão de conduta ilícita das rádios recorrentes, essa conclusão não pode ser revista sem o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, procedimento vedado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte (REsp 821.004/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 24/09/2010).

características: a) reprovação da conduta do profissional, mesmo sem culpa; b) responsabilização, mesmo sem dano; c) a perda de uma chance toma o lugar do dano; d) surgimento do dever de indenizar, sem a existência de um nexo causal concreto.<sup>393</sup>

As críticas, ao nosso sentir, não se sustentam, apresentam premissas vagas, ou mesmo inverídicas. Não há de se falar em falta de culpa, pois a teoria tem como pressuposto a infringência de um dever de conduta, seja no diagnóstico tardio, quando exigível o seu implemento em momento anterior, segundo os parâmetros do profissional mediano, seja na falta de informação para a tomada de decisão. Também não há de se falar em dano, pois este é evidente na própria lesão à saúde do paciente ou mesmo à sua vida. O problema de fato circunscreve-se ao nexo causal e, em razão disso, decorre a afirmação de que o dano verdadeiramente indenizado é a própria perda da chance. Como observa MOREIRA DO ROSÁRIO, a chance deve retratar a probabilidade de uma cura ou da própria sobrevivência, de modo que “a paz social despontará com a entrega da prestação da tutela jurídica em consonância com o Estado Democrático de direito, observando a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e os valores perseguidos pelo ordenamento jurídico.”<sup>394</sup>

Aceita a possibilidade de responsabilização pela chance perdida, problema mais complexo será aquele da definição de parâmetros e da mensuração do montante indenizatório, o que se enfrentará no último capítulo, quando da retomada do tema, já munidos de outros pressupostos a serem desenvolvidos à frente. É oportuno avançar agora para a compreensão das questões afetas ao nexo de causalidade.

---

<sup>393</sup> Cf. COUTO FILHO; PEREIRA SOUZA. Instituições de direito médico (2005), pp. 75-76.

<sup>394</sup> ROSÁRIO. A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica (2009), p. 36.

## CAPÍTULO 4

### CONDUTA MÉDICA E ESTABELECIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE

#### 4.1 O papel transformador da conduta

O homem, em seu poder de decisão, tem a capacidade única de fazer escolhas e com isso escrever sua própria história. Pertence ao mundo natural, mas tem a capacidade inata de se arrepender, de mudar seu próprio rumo, de contrariar seus instintos e agir conforme a razão. Pertence ao mundo natural, mas a ele não se submete; ao contrário, é capaz de alterá-lo. Ensina CARNELUTTI que a distinção entre atos e fatos, em sentido estrito, afirma a classificação entre história propriamente dita e história natural. Desse modo, em oposição à história natural, teríamos a história artificial, aquela que surge como conseqüência da conduta do homem a depender de sua vontade.<sup>395</sup>

Nesse viés, o médico se apresenta como aquele que interage com a natureza, movido por suas escolhas, com a capacidade necessária para alterar o curso natural da fisiologia, das interações de organismos e microorganismos. É capaz de mudar a história, os desenlaces das reações provocadas pelos diversos agentes e, assim, ao menos, adiar o fim a que todos estão fadados.

Quem quer não é a situação, mas o homem; a decisão provém dele, como ser livre sujeito da ação. Nesse sentido, na mais estreita determinação e fundamentação de um concreto ato de vontade, estará presente a liberdade. O homem decide sobre os motivos de sua ação e os torna reais. Não são os motivos que produzem ou originam a vontade, mas é esta que, como algo diferente daqueles, se dirige de acordo com eles. Um motivo só é levado a motivo determinante, por meio de um concreto ato de vontade, de uma decisão que transforma o próprio motivo de meramente possível

---

<sup>395</sup> CARNELUTTI. Teoría general del derecho (1941), p. 43.

em motivo real, decidindo a respeito dele e, por isso também, por ele e sobre ele.<sup>396</sup> O ato de vontade é livre, na medida em que é produto do próprio “ser livre” do homem.

O direito, como regra de ação, exige que seus agentes conheçam as normas de conduta a que devem se submeter e que despendam esforços no conhecimento e na observância dessas. Sendo o homem dotado de razão e liberdade, tem a capacidade de compreender o seu dever, de procurar saber o que é justo e o que é injusto. Isso é mera consequência de sua natureza. Se o homem, traindo sua natureza, procede ilicitamente e com isso vem a violar um dever específico, não poderá escusar-se, pautado em ignorância ou esquecimento, porque estes lhe serão inteiramente imputáveis. O mesmo se dará, sempre que, sabedor de seu dever, age voluntariamente em contrariedade a este, seja desejando o resultado, seja acreditando que este poderá ser evitado. Nesse *relaxamento moral*, está, por conseguinte, a causa dos comportamentos considerados culposos.<sup>397</sup>

#### 4.2 Conduta humana como atividade finalista

Conduta é gênero, dentro do qual se encontram as espécies ação e a omissão. É comum empregar-se o termo ação para designar tanto ação propriamente dita como a omissão. Entretanto, como assevera COSTA JR, trata-se de conceitos antitéticos. Ação requer volição, movimentação corpórea e evento naturalístico, enquanto a omissão dispensa uns e outros; preferível é o termo conduta, que expressa “comportamento” ou “posição”.<sup>398</sup> Por meio da ação manifesta-se o querer íntimo. A ação adquire realidade fenomênica depois de elaborada no mundo intrapsíquico. O coeficiente físico da omissão, de outro lado, reduz-se a um *nihil facere* (nada fazer) ou a um *aliud agere* (agir diversamente), desde que não seja realizado o *quod debeat* (o que deve ser feito).<sup>399</sup>

<sup>396</sup> DIAS. Liberdade e culpa Direito Penal (1983), pp. 28-31.

<sup>397</sup> SILVA. O dever de prestar e o dever de indemnizar, v. I (1944), p. 122.

<sup>398</sup> COSTA JR. Nexo Causal (2007), p. 13.

<sup>399</sup> Idem, pp. 14-15.

A ação humana é o exercício da atividade finalista. É, desse modo, um acontecimento “finalista” e não somente “causal”. A finalidade ou atividade finalista da ação se funda na compreensão de que o homem, sobre o esteio do conhecimento causal, pode prever, em determinada escala, a consequência possível de uma atividade, propor objetivos de distinta índole e dirigir sua atividade, segundo um plano tendente à obtenção destes objetivos. O homem, sobre o conhecimento das conseqüências de seus atos, está em condições de fazer escolhas, de se arrepender no meio do processo, de alterar o rumo ou de traçar novos planos, buscando diferentes resultados. A finalidade é um atuar de maneira consciente e determinada quanto: 1) ao objetivo que pretende alcançar; 2) aos meios que emprega para fazê-lo; e, 3) às conseqüências secundárias, que estão necessariamente vinculadas com o emprego dos meios.<sup>400</sup>

É claro que a conseqüência da ação não espelha necessariamente seu fim. Na ilustração de WELZEL, uma enfermeira que, sem pensar em nada, injeta uma dose mortal de morfina demasiada forte, de efeito mortal, realiza certamente uma injeção finalista, mas não uma ação finalista de homicídio.<sup>401</sup> Desse modo, o conceito finalista de ação desloca a análise das motivações dos atos, da vontade, do conteúdo da consciência para o mesmo momento da análise da ação, enquanto a antecessora teoria causalista da ação tinha o conteúdo da vontade como mero reflexo subjetivo do acontecer exterior, na psique do autor. Ação era um puro processo causal, que se tinha originado da vontade em um mundo exterior (efeito da vontade), sem considerar o que tenha querido ou podido prever (conteúdo da vontade).<sup>402</sup>

Para que uma mudança ocorra no mundo fenomênico do ser, é necessário que uma causa, tendo uma propriedade atualizada, aja sobre outra que a tem em potência. Se essa regra puder ser universalizada, é possível prever que uma ação desse objeto sobre outro que possui a propriedade em potência, acarretará sua atualização e tal só ocorrerá, se uma coisa dessa espécie agir sobre o objeto. Isso poderá ser aplicado tanto aos processos de geração como de corrupção, tanto para a cura como para o

<sup>400</sup> WELZEL. La teoría de la acción finalista (1951), pp. 18-21.

<sup>401</sup> Idem, p. 22.

<sup>402</sup> Idem, pp. 28-29. De outro lado, a teoria finalista é precária, ao explicar as ações culposas, levando o próprio Welzel a afirmar que, faltando direção da vontade ao implemento do resultado, para a tipificação da conduta, não são importantes as conseqüências finalistas e sim, a conseqüência causal.



dano.<sup>403</sup> E é essa exatamente a lógica que opera a condução da intervenção médica sobre o processo de reação do corpo humano, a determinado microorganismo, trauma ou mesmo estímulos enviados pelo próprio corpo (como são as doenças auto-imunes) e assim deve ser estudada. Importa, contudo, ressaltar que há eventos que constituem “coincidências”, eventos que não são determinados (porque não são determináveis) a partir de suas causas. Tais eventos poderiam ter sido diferentes do que foram. Embora para todo evento seja possível identificar uma causa que o produziu, nem todas as relações causais são necessárias.<sup>404</sup>

### 4.3 Conduta comissiva

Deve-se conceber ação como todo agir humano voluntário, controlado pela vontade e pelo qual se imputa o fato. É toda conduta consciente orientada em função de parâmetros (objetos) de referência e materializada tipicamente como expressão da prática social do sujeito.<sup>405</sup> A produção do resultado, nesse sentido, pode ser querida ou não. Por isso o conceito jurídico de ação é diverso do filosófico que apenas compreende o agir intencional, a realização de uma vontade em virtude de uma atividade dirigida a um fim. No sentido jurídico, responde o agente por todo resultado desejado ou mesmo por aqueles que, pela vontade, seria capaz de evitar. A responsabilidade poderá derivar, assim, de um agir, quando se deveria omitir ou de um omitir, quando se deveria agir, estando presente a vontade de realização do resultado ou não.<sup>406</sup>

CARNELUTTI define vontade como a atitude do pensamento para colocar-se como causa de uma mudança exterior. Esta atitude se manifesta, quando o pensamento alcança a tensão necessária para determinar sua descarga na ação, o que será igual a desprender uma força física, apta a vencer uma resistência, ou, em outros termos,

---

<sup>403</sup> Cf. ALONSO MUÑOZ. *Liberdade e Causalidade* (2002), pp. 342-343.

<sup>404</sup> *Idem* p. 350.

<sup>405</sup> TAVARES. *Teoria do Crime Culposos* (2009), p. 232.

<sup>406</sup> Cf. SANTOS BRIZ. *Responsabilidade Civil* (1981), pp. 24-25.

para dispor do corpo em condições de desenvolver tal atitude; por isso a vontade pode contrapor-se como força humana causal à força humana vital.<sup>407</sup>

BENTHAM, por sua vez, precisamente acentua a necessária separação da intencionalidade quanto ao ato e às consequências do ato. Se há intenção de afetar o ato, este poderá ser chamado de intencional, assim como, se afetar as consequências, serão estas intencionais. Mas somente se afetar tanto o ato como a consequência é que toda a *ação* poderá ser denominada intencional.<sup>408</sup> É possível que o ato seja intencional, mas não as consequências do ato. A esses casos associam-se as condutas culposas, sem afastar qualquer perspectiva finalista e é por isso que se pode dizer que o médico age culposamente, quando, almejando a cura, atua de forma diversa da *lex artis*. Nesse caso, tem a intenção quanto ao ato praticado, mas não quanto às consequências que se implementaram.

O juízo de aferição da probabilidade de existência de culpa exige a análise da intencionalidade da sequência de atos. Um ato pode ser intencional em certas etapas e deixar de ser intencional, nas etapas subseqüentes, e vice – versa. Todavia, quanto mais numerosas tiverem sido as etapas não intencionais do ato, tanto mais provável será que a última etapa também seja destituída de intencionalidade.<sup>409</sup>

As escolhas realizadas pelo médico terão fator, por vezes, determinante ao fim da cura ou aprimoramento da qualidade de vida do paciente. Tais escolhas se relacionam, de forma particularmente relevante no âmbito da responsabilidade civil, com as escolhas realizadas pelo próprio paciente, com as particulares nuances conferidas pela informação a este disponibilizada. Há uma íntima vinculação entre o dever de informar do médico e o direito de autodeterminação do paciente.<sup>410</sup> Nesse viés, as escolhas feitas por ambos os polos dessa relação definem os limites da responsabilidade.

Para que haja imputação de uma hiatrogenia, deverá existir uma relação indispensável entre ação e a sequela. A síndrome deve derivar diretamente do

<sup>407</sup> CARNELUTTI. Teoría general del derecho (1941), p. 42.

<sup>408</sup> BENTHAM. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação (1989), p. 23.

<sup>409</sup> Idem, p. 23. Na ilustração de BENTHAM, se uma pessoa tentando acertar um soco na bochecha da vítima acaba por atingir o olho, lhe será muito mais difícil provar que sua intenção não era a de atingir o olho do que em outra circunstância em que sua intenção fora realmente não atingir em absoluto.

<sup>410</sup> BENACCHIO. Responsabilidade civil do Médico (2009), p. 333.

traumatismo desencadeador ou das conseqüências de sua evolução, dentro de um encadeamento anátomo-patológico cientificamente aceitável. O traumatismo desencadeante, suas conseqüências e a situação anátomo-clínica que consubstancia a dor crônica ou a lesão deixada, têm de estar, forçosamente, unidos por uma sucessão de manifestações patológicas que estabelecem, pelo seu encadeamento, uma continuidade anátomo-clínica suficiente para justificar tal evolução. O laço ininterrupto entre os fenômenos indica que cada um deles surge como efeito do precedente e, ao mesmo tempo, é causa do conseqüente.<sup>411</sup>

O agir do médico deve atender às expectativas de eficácia lançadas sobre seus ombros. Espera-se que a decisão seja tomada de acordo com o prognóstico realizado quanto às conseqüências previamente concebidas sobre a reação que provocará o procedimento escolhido. A eficácia é, sem dúvida, aos olhos do leigo, aquilo que caracteriza a medicina contemporânea; o médico não se posta mais simplesmente como aquele que previne ou cura as doenças, mas como aquele que se propõe a atender a certas conveniências do sujeito, seja como paliativo da deficiência de uma função natural, seja em substituir esta função ou em modificar certas características naturais do sujeito. Nesse sentido, basta citar as técnicas de procriação assistida, de contracepção médica ou de cirurgias estéticas. Esta eficácia, neste meio tempo, resta inseparável de três elementos mais do que comuns, desta vez menos percebidos pelo leigo, quais sejam, a agressividade do tratamento, os perigos inerentes, e a complexidade. A eficácia das drogas passa a ser vista de forma separada dos efeitos secundários. A eficácia das técnicas depende de sofisticados mecanismos, de implantação no organismo de materiais diversos que, na maioria dos casos, depende de uma equipe multidisciplinar, onde as decisões são discutidas para os atos esperados. Mas a urgência ou a complicação inesperada introduz, algumas vezes, um controverso parâmetro que descaracteriza todas as previsões.<sup>412</sup>

#### **4.4 Conduta omissiva**

---

<sup>411</sup> Cf. ALBUQUERQUE; SEIÇA; BRIOSA. *Dor e dano osteoarticular* (1995), p. 82.

<sup>412</sup> PENNEAU. *La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance* (1990), pp. 525-526.

Objeta-se como um vínculo exclusivamente normativo pode ser causa de um evento danoso; afinal, mecanicamente, a omissão não é causa. Outrossim, ainda que não haja causalidade física, é possível perscrutar-se o grau de probabilidade de uma ação, possível ao omitente, ter evitado o resultado. Trata-se de um juízo causal hipotético quanto à ação esperada e não quanto à omissão.<sup>413</sup> Nesses casos, tem-se dito que se adquire o valor de causa, quando, preexistindo uma cadeia causal de fatos, surja, em determinado momento, uma ação capaz de interrompê-la. Em consequência, a causalidade da omissão resulta de uma dupla análise: 1) de uma parte entre o *quantum* do perigo e o sucesso resultante; 2) entre a capacidade causal da série de atos e a idoneidade da ação que se tenha omitido, para impedir a produção do sucesso.<sup>414</sup>

Dentre as teorias naturalísticas que buscaram explicar o processo de imputação da responsabilidade à conduta omissiva, destaca-se a teoria de LUDEN, que veio a sustentar que a omissão não é propriamente um *quid vacui*, uma permanência do estado de inércia, mas uma disposição volitiva em realizar conduta diversa daquela que deveria ter realizado. O agente, no momento em que deveria agir, se ocupa agindo em outro sentido, desenvolve outra atividade (*rectius inversa*). Essa concepção não se fez, todavia, imune a críticas. A ela se objetou que nem toda omissão se traduz em uma conduta diversa (que aliás, é indiferente para o direito). Muitas vezes se consubstancia em um *nihil facere* (nada fazer). Não obstante, a teoria ofertou importante contribuição, na medida em que esclarece que a omissão não se limita à inércia, mas poderá configurar-se em um agir diverso, no momento em que deveria atender à solicitação que lhe era imposta.<sup>415</sup>

Em resposta, surgiram concepções normativas que compreendem um “dever ser”, previamente estabelecido, que indica o que se deve fazer, seja por normas jurídicas, seja por regras da profissão (*lex artis*). A omissão, abstenção ou ato negativo, poderá ser causa de dano, sempre que o ato cuja prática teria impedido o resultado, ou, ao menos, teria grande probabilidade de assim tê-lo feito, foi omitido. Para que se impute responsabilidade, todavia, é necessário que haja o dever de praticar o ato

<sup>413</sup> MUNHOZ NETTO. Os crimes omissivos no Brasil (1983), p. 135.

<sup>414</sup> CALABUIG. Nexo de causalidad en valoración del daño corporal (1997), p. 12.

<sup>415</sup> Cf. COSTA JR. Nexo Causal (2007), pp. 33-34.

omitido, que vem a causar um dano ou que simplesmente viola o dever de atividade (nesse caso, a caber sanção na forma da lei).<sup>416</sup>

A omissão será tida como condição negativa do resultado, no sentido de que, somada esta à cadeia causal, teria anulado o resultado ou ao menos transformado sua essência ou grau de intensidade do dano. Como esse juízo é hipotético, será feito pelo grau de probabilidade, inferindo-se na fórmula bem exposta por COSTA JR: Condição (negativa) provável + obrigação normativa + adequação=causa (negativa). Torna-se, portanto, impossível falar-se em condicionalidade omissiva, pois o máximo que se poderá ter é uma presunção que irá conferir o caráter naturalístico à concepção normativa.<sup>417</sup>

Nos Estados Unidos, o nexo de causalidade por atos omissivos tem sido construído pela doutrina da última chance real (*last clear chance*), também chamada de negligência superveniente (*supervening doctrine*) ou, ainda que menos freqüente, doutrina humanitária (*humanitarian doctrine*), que afirma a responsabilidade daquele que, ainda que não reconhecido como causador do dano, poderia tê-lo evitado, caso houvesse agido com a diligência e cuidado necessários. A doutrina poderá ser invocada, quando se encontrarem presentes os seguintes requisitos: 1) a vítima do dano estivesse em uma posição de risco e, pela sua própria negligência se tornou incapaz de escapar de tal situação, pelo uso de suas próprias forças, seja porque se tornou fisicamente impossível para ele, seja porque se encontrava totalmente desavisado do perigo; 2) que o réu soubesse que a vítima estava em posição de risco ou que, pelo exercício do devido cuidado, deveria saber que a vítima era incapaz de escapar e, 3) que o réu tivesse a última chance de evitar o dano, pelo simples emprego dos cuidados ordinários que dele se poderiam exigir, e se fez faltoso em tais ações, permitindo a ocorrência do dano.<sup>418</sup>

De fato, a descrição amolda-se com exatidão às situações vividas na prática médica. O paciente se apresenta ao profissional já em situação de risco em face da doença ou acidente, que, sejam quais forem as origens, por certo não pode ser imputada ao médico. A este, cabe agir no intento de diminuir o risco já existente. Se

---

<sup>416</sup> Cf. MIRANDA. Tratado de Direito Privado, v. 22 (1958), p. 193.

<sup>417</sup> Cf. COSTA JR. Nexo Causal (2007), pp. 132-139.

<sup>418</sup> SPEISER. Res ipsa loquitur (1972), p. 24

vier a se quedar inerte ou, se de forma comissiva, agir em desconformidade com o que dele se esperava, poderá ser-lhe imputada responsabilidade ante a possibilidade e obrigação de ter evitado o prejuízo.

Não se trata, nesse caso, de responsabilidade por ter sido o médico o causador do resultado, visto que o risco já se encontrava presente por razões desafetas à conduta médica. A omissão dos deveres de conduta do profissional, todavia, se apresenta como causa frustrante da possibilidade real de ter evitado o resultado, quando, por deveres inerentes à posição que ocupa, era obrigado a agir.

Ainda a falta de diagnóstico de determinada moléstia que poderia ter sido tratada com maior chance de êxito, caso detectada em tempo oportuno, ou a não realização de determinado tratamento, quando devido, são imputações comuns aos trabalhos médicos que desafiam o direito a novas perspectivas, visto a evidente dificuldade de se afirmar o nexo de causalidade. A fim de dar solução à problemática, tem-se construído a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance de survie ou guérison*, do Direito Francês e *loss of a chance* do Direito anglo-saxão), em que se averiguará o prejuízo, na medida do decréscimo das probabilidades de cura, sobre a qual debruçará em momento oportuno.

A imputação da responsabilidade pelo fato omissivo, todavia, se torna delicada, no momento de se definir o parâmetro legal. Tome-se o caso de um médico que, ao receber um paciente em estado de emergência, recusa-lhe o atendimento sob a exigência de pagamento antecipado. Sem dúvida, o sacrifício de uma vida por pretensões patrimoniais salta aos olhos como reprovável. Contudo, do ponto de vista da responsabilidade civil, só lhe poderá ser imputada responsabilidade, se presente o dever de agir.<sup>419</sup> É possível que seja atribuída omissão de socorro, mas diversas serão as peculiaridades dos casos concretos que demandarão um prévio estabelecimento do

---

<sup>419</sup> Na esfera criminal, o artigo 13, §2º do Código Penal Brasileiro traz a seguinte previsão: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

dever de agir. O dever existe, sem dúvida, no campo ético,<sup>420</sup> mas controverso será seu enquadramento no campo civil.

Para ROSENVALD, o problema se circunscreve aos casos de contratação obrigatória, por se tratar a atividade médica de “profissão de exercício condicionado”, em que a função social do contrato (art. 421 do Código Civil brasileiro) impõe a contratação a qual se implementa de pronto, sendo inaceitável a exigência do pagamento antecipado para a formação do contrato.<sup>421</sup> Já para FORCHIELLI é necessário que haja uma intervenção legislativa expressa no sentido de estabelecer os casos em que o profissional fica obrigado a agir, a fim de caracterizar o ilícito civil, sendo impossível, na falta de previsão expressa de lei, sua responsabilização.<sup>422</sup> Com razão está Rosenvald, pois não é outra a perspectiva da principiologia da função social do contrato, senão sobrepor a proteção de bens de maior relevo social perante aquela conferida a bens de menor valor. Nesse sentido, é evidente o maior valor da vida humana diante de pretensões meramente patrimoniais.

#### 4.5 Nexo de causalidade

Segundo STUART MILL, a causalidade é a base de todas as operações lógicas. O pressuposto de todo método indutivo depende da suposição de que todo evento deve ter alguma causa, algum antecedente de cuja existência ele é invariavelmente consequente.<sup>423</sup> A seleção dos elementos da causalidade se dá na aquilatação dos atos humanos, identificando aqueles que têm valor jurídico, isto é, que introduzem alguma modificação de relevo na ordem jurídica. O Direito não estabelece mais do que a

---

<sup>420</sup> O Código de Ética Médica brasileiro prevê como princípio fundamental: “VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.”

<sup>421</sup> ROSENVALD. *Contratos coativos e Necessários* (2011). Segundo o autor: “A função social do contrato é uma cláusula geral capaz de limitar a liberdade de contratar. Se em princípio ninguém será obrigado a contratar ou mesmo a sofrer sanções por tal comportamento, é legítima a incidência de situações de heterolimitação legal ou judicial a esta esfera de liberdade, seja para proibir determinada contratação ou para obrigar a pessoa a celebrar um contrato.”

<sup>422</sup> FORCHIELLI. *Responsabilità civile* (1970), pp. 101-102.

<sup>423</sup> MILL. *System of logic ratiocinative and inductive* (1919), pp. 368-369.

eficácia jurídica dos fatos da vida humana, tais quais eles são.<sup>424</sup> Causa de alguma coisa é aquilo de que depende seu ser.<sup>425</sup>

MALONE alerta que, a depender da história e contexto pessoal do julgador, este identificará diferentes causas do evento danoso. Como exemplo, cita o caso de um jovem que, dirigindo de maneira imprudente e em alta velocidade, sobre uma pista recentemente asfaltada, ao passar sobre uma pedra, faz com que essa seja arremessada contra o rosto de um pedestre. Segundo o autor, os vizinhos provavelmente imputarão os pais do jovem como responsável, enquanto um engenheiro de estradas dirá ser causa do mau pavimento. De outro lado, um físico observará que o *momentum* do impacto da roda com a pedra foi a causa.<sup>426</sup> Em outro exemplo, cita um empregado idoso com longo histórico de problemas cardíacos que, desempenhando uma função trivial, vem a sofrer um ataque cardíaco e morrer. Um perito médico, provavelmente indicará como causa o histórico de saúde do paciente, reconhecendo o evento como uma fatalidade comum no campo da medicina. Mas um juiz poderá, com propósitos compensatórios, imputar a ordem do empregador como causa.<sup>427</sup>

Conclui MALONE, dizendo que o nexo causal não é um problema abstrato de tratativa do fato. A solução da controvérsia dependerá em maior parte do propósito a que ela serve. É o processo de seleção do que poderá ser considerado causa do propósito de solução da controvérsia jurídica que indicará a causa de fato.<sup>428</sup> Tais colocações explicam, em boa parte, a disparidade de critérios de julgamento observados entre o judiciário e os conselhos de medicina, na avaliação do pretenso erro médico.

FISCHER, amparando-se em HUME, define causa como algo que invariavelmente produz um particular resultado, quando todas as condições externas permanecem as mesmas. Assim, é possível identificar que uma faísca que toque uma folha seca pode causar um incêndio. Contudo, é claro que nunca poderá haver uma única causa de um

---

<sup>424</sup> BATTAGLINI. A interrupção do nexo causal (2003), p. 9.

<sup>425</sup> Idem p. 13.

<sup>426</sup> MALONE. Ruminations on cause-in-fact (1956-1957), p. 62.

<sup>427</sup> Idem, pp. 63-64.

<sup>428</sup> Idem, p. 64.



evento. Um grande complexo de circunstâncias deve estar presente para que o evento venha a ocorrer. É enganoso pensar, por exemplo, que o toque da faísca na folha seca foi a causa do incêndio, visto que a folha não irá queimar na ausência de oxigênio ou de um clima favorável. Para FISCHER, faísca é a causa do incêndio apenas no sentido de que este invariavelmente irá ocorrer, se todas as outras condições necessárias estiverem presentes.<sup>429</sup>

CALABUIG propõe critérios para a averiguação do nexa causal. a) Critério cronológico – exige que, entre o comportamento imputável e a manifestação do fato danoso, tenha decorrido um período de tempo dentro dos limites fixados pela experiência, para o reconhecimento da relação de causa e efeito. Esse intervalo pode ser breve, como em casos de hemorragias, ou bem prolongado, como nas enfermidades traumáticas ou infecções que requerem um certo período de incubação. b) critério topográfico – exige que os efeitos da lesão se localizem na área sobre a qual se deu a intervenção do agente e, somente em um segundo momento, se estendam a regiões próximas por continuidade ou contiguidade. Importa, de outro lado, ter em mente um certo critério de aleatoriedade, pois o trauma pode se dar sobre um órgão que já se encontrava debilitado por uma enfermidade ignorada. c) Critério de eficiência qualitativa e quantitativa – procura averiguar a proporcionalidade entre a potencialidade da intervenção lesionante e o dano experimentado. d) Critério de continuidade – entre a seriação dos fenômenos posta em marcha, deve haver uma concatenação lógica e cronológica sem lacunas, entre a incidência da causa lesiva e as manifestações atuais que lhe são atribuídas. Critério de exclusão – implica dizer que não deve haver outras circunstâncias etiológicas a que se possa atribuir o evento danoso e que sejam independentes da intervenção, tida como causa lesiva. A independência deve ser total; do contrário, poderá ser tida como concausa.<sup>430</sup>

#### 4.6 Teorias de verificação do nexa de causalidade

<sup>429</sup> FISCHER. Causation in fact in omission cases (1992), pp. 1337-1338.

<sup>430</sup> CALABUIG. Nexa de causalidad en valoración del daño corporal (1997), pp. 20-22.

A fim de encontrar parâmetros para a verificação da existência de nexo de causalidade entre conduta e resultado, a doutrina jurídica tem apresentado uma série de teorias com valiosas contribuições e que demandam nossa atenção.

#### 4.6.1 Teoria da causalidade necessária

No início do século XIX a causalidade era concebida como aquela necessária para a produção de determinado evento, de tal modo que, dado determinado fato, as necessárias conseqüências o seguirão. Se o autor do fato causasse o que se convencionou chamar de “dano mortal” e a vítima viesse a falecer, haveria causalidade. Mas se o dano simplesmente não fosse considerado mortal, não se revelando apto, por si só, a causar a morte da vítima, ainda que essa viesse a se dar em razão de gangrena ou de um tratamento inadequado posterior, excluída estaria a responsabilidade. Tal teoria sofreu muitas críticas; afinal, dificultosa era a consideração do que seria um dano mortal. O máximo que se poderia retirar da experiência, era a frequência com que tais danos produzem um tal resultado. Isso, ainda, somente em casos cuja amostragem da experiência se torne estatisticamente relevante.<sup>431</sup> Pela evidente fragilidade, tal concepção foi abandonada.

#### 4.6.2 Teorias das causas eficientes

Segundo a teoria das causas eficientes, a causa do evento deve ser tomada dentro da eficiência de cada fator contributivo do resultado. Com raízes metafísicas de origens Aristotélicas, seu precursor é BIRKMEYER que alegava que uma certa quantidade de energia é conferida a cada causa contributiva e, no que interessa ao mundo jurídico, causa é aquela com maior quantidade de energia capaz de levar ao resultado

---

<sup>431</sup> HART; HONORÉ. Causation in the law (1963-1964), pp. 386-387.

que se verificou. Em eventos com iguais quantidades de energia em mais de uma causa contributiva, ambas deverão ser tidas como responsáveis pelo resultado.<sup>432</sup>

O evento seria, então, dotado de vários fatores contributivos do resultado, mas causa será tão somente aquela que por si só puder produzir o dano, sendo os demais fatores denominados condições, irrelevantes para fins de imputação da responsabilidade.<sup>433</sup>

A tentativa de formulação parte de uma análise físico-química de causalidade, na perspectiva de que todo dispêndio de energia gera um fenômeno no mundo físico. Carece, todavia, de uma construção jurídica que revele aquilo que é de fato relevante para o Direito e que poderá dar ensejo à imputação da responsabilidade. Como tal quantidade de energia não pode ser medida, ficará por conta da convicção do juiz atribuir tal qualidade, sem que lhe sejam conferidos critérios para tanto.

#### 4.6.3 Teoria da equivalência dos antecedentes causais ou *conditio sine qua non*

A teoria da *conditio sine qua non*, também chamada de teoria da equivalência dos antecedentes causais, teoria das condições ou teoria objetiva da causalidade, tem seus fundamentos na teoria de causa defendida por Stuart Mill, em sua obra “*A system of logic*”, que apregoa como causa de um fenômeno o conjunto das condições positivas ou negativas, produtoras de determinado resultado. Nesse viés, para que o evento se produza, várias condições se fizeram necessárias, sendo impossível distinguir uma como a responsável.<sup>434</sup> Todos os fenômenos que tomam existência, exceto as

<sup>432</sup> Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht, rektoratsrede, Tostock (1885), apud HART; HONORÉ. Causation in the law (1963-1964), p. 388.

<sup>433</sup> GONDIM. Responsabilidade civil. Teoria da perda de uma chance (2005), p. 20.

<sup>434</sup> Em trecho paradigmático de sua obra, STUART MILL sintetiza sua teoria e parece oportuna a citação integral, seguida de tradução livre: “*It is seldom, if ever, between a consequent and a single antecedent that this invariable sequence subsists. It is usually between a consequent and the sum of several antecedents; the concurrence of all of them being requisite to produce, that is, to be certain of being followed by, the consequent. In such cases it is very common to single out one only of the antecedents under the denomination of Cause, calling the others merely Conditions. Thus, if a person eats of a particular dish, and dies in consequence, that is, would not have died if he had not eaten of it, people would apt to say that eating of that dish was the cause of death. There needs not, however, be any invariable connection between eating of the dish and death but there certainly is, among the circumstances which took place, some combination or other on which death is invariably consequent: as, for instance, the act of eating of the dish, combined with a particular bodily constitution, a particular*

causas primitivas, são efeitos imediatos ou remotos de fatos primitivos ou de alguma combinação deles. Não há nenhum evento no universo que venha a ocorrer desvinculado dos fenômenos que o antecederam, e aqueles voltarão a ocorrer, sempre que estes se repetirem e não houver outro fenômeno que tenha o caráter de causa de ação contrária. Esses fenômenos que antecedem estão ligados, de alguma maneira, a outros fenômenos e assim por diante, até que encontremos a última causa primitiva ou a conjunção de várias. Todos os fenômenos da natureza são, desse modo, as consequências incondicionadas de alguma ocorrência anterior de causas permanentes.<sup>435</sup>

Partindo dos conceitos elaborados por STUART MILL, VON BURI<sup>436</sup> irá trazer para o Direito Penal o conceito de que a reunião de todas essas causas é que torna capaz a produção do resultado. Segundo o autor, dada a indivisibilidade material do resultado, cada uma das condições poderá ser considerada ao mesmo tempo causa de “todo” o resultado, porque a existência deste depende a tal ponto das demais causas que,

---

*state of present health, and perhaps even a certain state of atmosphere, the whole of which circumstances perhaps constituted in this particular case the conditions of the phenomenon, or, in other words, the set of antecedents which determined it, and but for which would not have happened. The real cause is the whole of these antecedents; and we have, philosophically speaking, no right to give the name of cause to one of them exclusively of the others...All the conditions were equally indispensable to the production of the consequent. And the statement of the cause is incomplete, unless in some shape or other we introduce them all.*” (STUART MILL. System of logic ratiocinative and inductive (1919), p. 214). Em tradução livre: “É raro, que entre uma consequência e um simples antecedente subsista uma sequência invariável. Geralmente é por meio da soma de vários antecedentes e a ocorrência de todos os requisitos para produção que o evento tenha seu rumo para produção do consequente. Nesses casos é muito comum denominar um único evento de causa, chamando os demais de meras condições. Desse modo, se uma pessoa come determinado prato e vem a morrer em consequência dele, isto é, não teria morrido não fosse o prato, ter-se-á o prato como causa da morte. Não é necessário, todavia, que haja uma invariável conexão entre comer o prato e a morte, mas certamente já entre as circunstâncias que se deram, uma ou outra combinação da qual a morte é invariavelmente uma consequência, como por exemplo, o ato de comer o prato combinado com determinada constituição física, um determinado estado de saúde ou mesmo um determinado estado da atmosfera, todos os fatores juntos talvez constituam nesse particular as condições do fenômeno, ou, em outras palavras, o conjunto de antecedentes que o determinou e sem o qual não teria acontecido. A causa real são todos esses acontecimentos e não temos, filosoficamente falando, direito de nomear como causa apenas um dos eventos desassociando-o dos demais. Todas as condições foram igualmente indispensáveis para a produção do consequente. O estado da causa será incompleto, a não ser que de uma forma ou de outra, sejam introduzidas as demais.”

<sup>435</sup> STUART MILL. System of logic ratiocinative and inductive (1919), p. 226.

<sup>436</sup> Costuma-se atribuir a VON BURI a apropriação dos conceitos elaborados por STUART MILL. Contudo, adverte JOSÉ DA COSTA JR que “é mais provável ter havido um encontro causal entre os pontos de vista dos dois pensadores do que MILL ter sido precursor de VON BURI”. E acrescenta: “Aliás, VON BURI indica como seus predecessores BERNER, HALSCHNER e KÖSTLIN, omitindo o nome do filósofo inglês”. In Nexo Causal (2007), p. 84.

retirada uma delas, este não se daria.<sup>437</sup> Paralelamente, outros autores, também aproveitando-se dos ensinamentos de Stuart Mill, irão defender a necessidade de se identificar as condições indispensáveis para a produção do mesmo evento.

Assim, para o estabelecimento do nexo de causalidade, deve-se submeter o fato ao exame da experiência e dos conhecimentos científicos necessários, a fim de averiguar se o evento teria sido produzido igualmente, se o fato ou a circunstância devida à ação do sujeito não houvesse existido, ainda que se tivessem implementado todas as demais.<sup>438</sup>

A partir de 1930, passou-se a formular dois enunciados à investigação do nexo causal pela *conditio sine qua non*: a) a conduta é causa do evento, somente se, sem ela, o evento não se teria verificado (fórmula positiva); b) um comportamento não é causal, quando, sem ele, o evento não se teria igualmente verificado (fórmula negativa). Apesar de certa praticidade que se possa verificar na fórmula positiva, sua formulação negativa carece de acuidade lógica, pois é possível que determinado evento tenha sido verificado por outra causa, ainda que fosse provável a verificação pela causa averiguada.<sup>439</sup>

Não será possível cindir os efeitos de cada elemento contributivo do resultado, atribuindo a cada um uma parcela da responsabilidade (Ex: atribui-se a condição X como responsável por um terço do evento e a condição Y por dois terços). Todas as condições, isoladamente, serão tidas como causa do resultado, não só naturalisticamente, como também juridicamente (porque o direito lhe conferiria tal força). Destarte, todas as condições (antecedentes necessários, não suficientes) se equivalem (equivalência dos antecedentes). A isso, tem-se objetado que, se o conjunto das condições é considerado como causa, como poderá ser causa uma condição isolada? Se  $E+A=b$ , como pode  $E=b$ ?<sup>440</sup>

A teoria não deixou de receber críticas, não só pela dificuldade que cria na identificação da culpa, mas em especial pela amplitude conferida à responsabilidade. Tome-se o exemplo de uma pequena lesão ocasionada por um medicamento que

<sup>437</sup> ORGAZ. El daño resarcible (1967), p. 41.

<sup>438</sup> CALABUIG. Nexos de causalidad en valoración del daño corporal (1997), p. 11.

<sup>439</sup> COSTA JR. Nexo causal (2007), pp. 89-95.

<sup>440</sup> Idem, p. 86.

causa alergias e que acaba por obrigar a vítima a tomar o próximo vôo a uma cidade maior, para tratar a lesão. Vindo o avião a cair, o fabricante do medicamento se tornaria responsável pelo dano maior. O exemplo faz saltar aos olhos a injustiça que desta concepção decorreria.<sup>441</sup>

Objeta DE CUPIS que tal teoria não distingue o fator de causalidade gerado por uma conduta humana dos demais fatores, o que é essencial para que se faça a imputação da responsabilidade. Além disso, não há qualquer critério diferenciador entre os diversos participantes do nexos causal, há grande dificuldade em determinar a maior ou menor eficiência causal de uma condição ou outra, e escassa oportunidade de definição de causa em uma diferenciação puramente quantitativa.<sup>442</sup>

Acentua GALVÃO TELLES a necessidade de se restringir o conceito da causa para efeitos legais, sendo imprópria a mera importação do conceito naturalista de causa para a órbita do Direito. Causa juridicamente relevante “não será toda e qualquer condição, mas só a que apresente determinados caracteres”; importa saber qual o critério para a seleção da “causa ou causas juridicamente significativas entre as múltiplas condições que concorrem para a produção de certo resultado.”<sup>443</sup>

Já para FRISCH, a eliminação mental sugerida pela teoria da *conditio sine qua non* satisfaz na medida em que, não havendo outras causas explicativas do resultado, parece ser suficiente para a prova do nexos de causalidade.<sup>444</sup> Os defensores da teoria, têm buscado sanar a dificuldade em se identificar a qual das causas deve se imputar a responsabilidade civil por meio da ponderação da culpabilidade, em especial no que toca à previsibilidade do resultado.<sup>445</sup> A tentativa, entretanto, acaba por aproximar-se daquilo que é essência da teoria da causalidade adequada, o juízo de prognose retrospectiva, como se verá.

#### 4.6.4 Teoria da causalidade adequada

<sup>441</sup> SILVA. O dever de prestar e o dever de indemnizar, v. I (1944), p. 93.

<sup>442</sup> DE CUPIS. Il danno (1979), pp. 226-227.

<sup>443</sup> TELLES. Direito das Obrigações (1997), p. 402.

<sup>444</sup> FRISCH. Tipo penal e imputación objetiva (1995), p. 31.

<sup>445</sup> ORGAZ. El daño resarcible (1967), pp. 42-43.

Ao buscar solução às dificuldades apontadas à teoria da equivalência das condições, VON KRIES defenderá o que se convencionou chamar “teoria da causalidade adequada”. A definição da causa do evento deverá dar-se não pela qualidade do efeito, ou mesmo pela relevância que tiveram no caso concreto, como outros autores tentaram anteriormente, sem sucesso, caindo em contradições, mas sim pelo potencial em abstrato que possui, para dar origem ao evento danoso. Todos os eventos do caso concreto serão equivalentes para causar o dano, mas haverá de se indagar qual a causa que, tomada em abstrato, é idônea para a produção do resultado.<sup>446</sup>

Verificado certo dano, é preciso indagar se certo fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Em seguida se deverá perquirir se tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos dessa natureza, ou se somente se deu nesse caso, em razão de circunstâncias especiais. Se possui em si o potencial de, na análise do que comumente ocorre, sempre produzir o mesmo resultado, então se dirá adequada. Se, contudo, somente uma circunstância accidental explica essa causalidade, dir-se-á que a causa não é adequada. Nessa perspectiva, encontrar-se-á também a previsibilidade do dano, pois, se a ação era adequada a produzir o dano, também era previsível.<sup>447</sup>

Trata-se, portanto, de um juízo de probabilidades, aplicado a apurar se a ação ou omissão era apta a produzir o resultado. Por isso, essa análise deverá ser feita em abstrato, segundo a ordem natural das coisas, ponderando-se conforme as regras ordinárias da vida, da experiência, do senso comum, prescindindo da consideração do caso concreto, visto que, nesse sentido, as condições serão sempre equivalentes.<sup>448</sup> É o que se designou como prognose retrospectiva. É prognose, porque se tenta inferir, a partir de determinados fatos, quais seriam suas conseqüências e é retrospectiva, porque realizada após o ocorrido. Nesse exercício busca-se posicionar-se antes do ocorrido e, então, verificar se o dano era previsível. Se os resultados efetivamente

<sup>446</sup> O Desembargador EVALDO VERÍSSIMO do Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento de apelação de pleito indenizatório por suposto erro médico, fundamentou sua decisão de improvimento sob o argumento de que “efeitos extraordinários subtraem-se ao nexa causal” ( AC 153.836-5/5-00, Rel. Des. Laertes Sampaio, j. 01.06.2004, v.u., decisão registrada sob o no 00709978).

<sup>447</sup> ALVIM. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências (1980), p. 345. No mesmo sentido, explica PONTES DE MIRANDA que o fato extraordinário terá o poder de afastar a causalidade, ainda que se comprove que, sem o ato, o dano não teria ocorrido. É necessário que esse seja suficiente e que não tenha participação de fato extraordinário (Tratado de Direito Privado, v. 22 [1958], p. 184).

<sup>448</sup> DÍAZ. Responsabilidade coletiva (1998), p. 72.

verificados estiverem de acordo com os juízos abstratos, haverá nexo de causalidade.<sup>449</sup>

A concepção da causalidade adequada abandona, portanto, um juízo meramente naturalístico e incorpora o conteúdo normativo de uma análise da própria reprovabilidade da conduta, na medida em que não basta que a ação tenha contribuído para o resultado, é necessário que o resultado seja previsível ao homem médio. Ainda que o agente não tenha previsto, era-lhe exigível tal previsão.

Observe a exemplo, curioso caso da jurisprudência espanhola da STS 14-II-2006 (ar. 884), em que uma mulher teve uma gravidez intrauterina não evolutiva, que ensejou a necessidade de uma curetagem. Apesar do procedimento, permaneceram restos do feto no útero, o que levou a outro médico realizar um diagnóstico incorreto do estado da paciente, decidindo extirpar a trompa de Falópio esquerda. Apesar de inicialmente condenados ambos os médicos solidariamente, o Tribunal Superior absolveu o primeiro médico sob o argumento de que não poderia prever racionalmente o resultado final produzido, relacionado diretamente a um erro de diagnóstico posterior. O retrocesso não é admissível no processo de integração do nexo causal do ponto de vista jurídico, *“que deve realizar-se manteniendo um grado de proximidad razonable, aceptable em términos de Derecho, y adecuado a las reglas de experiencia sobre la posibilidad de previsión de las consecuencias, al menos cuando la imputación lo es a título de culpa”*.<sup>450</sup>

As dificuldades surgirão nas regras que deverão ser aplicadas e apreciadas *ex ante*, para a definição de quais causas se verão como adequadas para a produção do fato. VON KRIES defenderá que se deverá atender às condições conhecidas pelo agente ou que ele podia conhecer, ou seja, tomando-se em conta o potencial de previsibilidade. Já para THON serão aquelas compreendidas pelo homem médio, o que também não se afasta do critério objetivo de culpa, desprezando o que o agente podia conhecer pessoalmente.<sup>451</sup> Esta também é a opinião de FERNANDO NORONHA que compreende adequação “quando se puder dizer que o dano verificado é consequência

<sup>449</sup> NORONHA. Direito das Obrigações (2007), pp. 603-604.

<sup>450</sup> Cf. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO. Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables (2008), pp. 154-155.

<sup>451</sup> SILVA. O dever de prestar e o dever de indemnizar, v. I (1944), pp. 97-100.



normalmente previsível do fato que estiver em causa”<sup>452</sup>. Tal posicionamento tem sido alvo de críticas, por confundir causalidade com culpa.

Ora, de fato, se tomar à risca tal pensamento, é possível dizer-se que, em tese, tudo que não desafie o absurdo e esteja dentro das regras físicas que regem o cosmo, é possível, portanto, previsível. Mas o que deve ser realmente averiguado é a adequada possibilidade de tal hipótese vir a ocorrer. A previsibilidade deve se voltar a um critério de verificação das *probabilidades* que, sopesadas, deverão demonstrar em grau considerável a evitar a conduta imputada como causa.

É desse modo que a potencialidade de determinada circunstância gerar o resultado danoso é encarada por VON KRIES como uma relação de probabilidade, que deverá ser compreendida de maneira objetiva. Uma determinada contingência será tida como causa adequada para o evento, se atender a duas condições: (i) deve ser uma *sine qua non* do dano; (ii) deve ter aumentado as possibilidades de ter ocorrido o dano por uma quantia significativa. Confere como exemplo de uma causa adequada a possibilidade de um minerador ter contraído tuberculose em razão de seu trabalho. Ora, se observado que grande parte dos mineradores adquirem a doença, em razão da poeira do carvão, então se terá esse fator como causa adequada. O mesmo não ocorrerá com um maquinista de um trem que, após cair no sono, não realiza o desvio necessário, levando o trem a tomar outro rumo em que acaba sendo atingido por um raio e levando a óbito um passageiro. Não se pode dizer que a alteração da rota programada tenha aumentado as chances do passageiro ter sido atingido por um raio, ainda que assim tenha de fato ocorrido.<sup>453</sup>

Nessa mesma perspectiva probabilística, o artigo 563 do Código Civil português encampa a adoção da teoria da causalidade adequada, o que tem sido reconhecido pelo Supremo Tribunal de Justiça português.<sup>454</sup>

Posição particular no desenvolvimento da teoria assume ANTOLISEI, para quem o nexos causal deve ser tomado na ótica do domínio do homem sobre o evento. Há uma

<sup>452</sup> NORONHA. Direito das Obrigações (2007), p. 603.

<sup>453</sup> HART; HONORÉ. Causation in the law (1963-1964), pp. 415-417.

<sup>454</sup> Cf. os acórdãos do STJ de 27-1-2005, Proc. 05B2286, 7.ª Sec., de 20-6-2006 - 1.ª Sec., in CJSTJ, Tomo II/2006, p. 119 e de 18-5-2006, in CJSTJ, Tomo II/2006, p. 95, Acórdão de 07/10/2010, Proc. nº 1364/05.5TBCL.G1, 6ª Secção. Rel. Ferreira de Almeida.

série de circunstâncias que podem estar ligadas à produção de um resultado, mas o que de fato interessa é a conduta do homem, seja sua ação, seja sua omissão sobre coisas que teria condição de controlar. Aproxima-se, desse modo, à teoria do domínio do fato, de repercussão no Direito Penal. Quanto aos fatores externos à conduta humana, deverão ser excluídos da causalidade apenas aqueles que, mesmo concorrendo com seu comportamento, apresentem um caráter de excepcionalidade, com probabilidades raríssimas de virem a operar o resultado danoso. Portanto, o evento danoso poderá derivar diretamente da ação do homem ou de evento indireto, sobre o qual, todavia, poderia exercer o controle, impedindo o resultado.<sup>455</sup>

A grande dificuldade gerada pela teoria da causalidade adequada é a identificação das probabilidades. É a partir dessa que se dirá se determinada contingência era apta a causar o resultado. Saber se foi uma ou outra a causa efetiva do evento passa, em primeiro lugar, pela verificação de qual causa era mais provável de ter sido a motivadora. Isso não poderá ser feito por meio de elementos que só se tornaram conhecidos após a atuação do sujeito, visto que, dentro de um julgamento normativo, nenhuma atenção poderia ser exigida daquele que não poderia, sem tais conhecimentos, prever as conseqüências de seu ato. Conhecimentos técnicos também só serão considerados, se eram acessíveis e exigíveis do bom profissional situado naquele atual momento do estado da técnica.<sup>456</sup>

Tomemos o caso de A que, ferido por B, é tratado por médico que, à revelia das mais elementares técnicas da medicina, acaba por levar o paciente a óbito. Dentro da ótica da previsibilidade do resultado, parte da análise promovida pela teoria da causalidade adequada, questiona-se se seria imputável a B o resultado agravado pelo erro médico. Apontam Hart e Honoré que os tribunais do *commom law* têm considerado não imputável a B o resultado, ante a idéia de que, tendo em vista que erros grosseiros são raros, não teria o agente incrementado significativamente o risco de ocorrência do evento danoso.<sup>457</sup>

---

<sup>455</sup> Cf. ANTOLISEI. Il rapporto di causalità nel diritto penale (1934), pp. 180-214.

<sup>456</sup> HART; HONORÉ. Causation in the law (1963-1964), pp. 433-434.

<sup>457</sup> Idem, pp. 436-437. Os tribunais do *common law* têm asseverado que a causalidade permanece na medida em que o dano ocorreu em decorrência de um curso normal de eventos e de acordo com a experiência humana (p. 438).

A teoria da causalidade adequada traz grande colaboração, enquanto incorpora a análise da previsibilidade do resultado por meio do juízo prognóstico retrospectivo, que nada mais é do que um dos elementos da própria culpa, como visto no segundo capítulo. Nesse viés, afasta-se de uma análise meramente naturalística de causas e conseqüências do mundo físico e acrescenta a ponderação do desvalor jurídico da conduta, a qual é reprovável na medida em que, podendo prever as conseqüências da conduta e conduzir-se de forma diversa, não o fez. Também honesta é a propositura da verificação da adequação por meios de juízos probabilísticos, conferindo objetividade ao conceito. Na perspectiva do papel social exercido pelo médico, todavia, é insuficiente a verificação probabilística da produção de um resultado danoso, tendo em vista a já existência de um risco promovido pela própria doença ou acidente. Ainda que consideravelmente provável e previsível o resultado, importa que haja ponderação da probabilidade de dano existente na própria enfermidade pela qual se encontra acometido o paciente, como se verá no capítulo seguinte.

#### 4.6.5 Teoria da causa próxima

A corrente dos realistas legais argumentava que o único elemento causal na análise da responsabilidade civil é a questão do nexo causal, sendo a causa próxima uma medida de política judicial, no intuito de limitar a responsabilidade. Para eles, o nexo causal é um problema fático e desafeto a considerações políticas.<sup>458</sup> Nesse sentido, deve ser tomada como causa tão somente a que se poste, em um critério temporal, como a mais próxima do resultado e, as outras, como simplesmente condições.

A imputação da responsabilidade à causa derradeira é, para os partidários de tal corrente, uma questão de lógica. Só haverá força causal, quando se juntar às demais condições a última causa. Isso implica também um juízo de previsibilidade, visto que o último agente poderia prever as conseqüências de seu ato diante da existência das demais condições.

---

<sup>458</sup> WRIGHT. *Pruning the bramble bush* (1987), pp. 1006-1007.

A teoria da causa próxima assume maior relevância no sistema anglo-saxão em que se utiliza em grande medida, composta da causa fática e do nexo causal legal. Este existirá quando: 1) o tribunal determina que a responsabilidade civil deve ser imposta como consequência de uma questão legal; 2) há causa fática e 3) políticas legislativas justificam isso. A causa fática é baseada no “*but for test*” (se não fosse pela conduta o resultado não teria ocorrido).<sup>459</sup>

Os critérios da probabilidade e previsibilidade aparecem novamente como relevantes ao processo de determinação da causa próxima. Apenas resultados prováveis e previsíveis podem ser tidos como próximos. O que há de ser considerado provável e previsível não é simplesmente o resultado danoso, mas as forças que intervêm entre a ação do agente e o dano. Não apenas a força promovida pelo agente deve ser considerada, mas se a adição de uma força secundária, externa, é também previsível e provável. Se assim for, esta também deverá ser imputada como causa próxima e como de responsabilidade do agente, visto que a força por ele desprendida propagou o início da segunda.<sup>460</sup>

Para ORGAZ, o Direito Francês e o Italiano foram influenciados por essa teoria, ao prever que a indenização devida pelo devedor deve estar restrita aos danos que fossem consequência imediata e direta (arts. 1115 do Código Civil francês e 1129 do Código Civil Italiano anterior ao vigente).<sup>461</sup>

As críticas que lhe seguiram foram muitas e, a despeito de sua contínua utilização nos países da *common law*, pode se dizer praticamente abandonada no sistema civilista. Arbitrário se torna o critério de erigir a última causa como a real causadora do dano. A responsabilidade do agente restaria cingida a mera questão temporal.<sup>462</sup> A prática tem demonstrado que a imediata causa do dano, nem sempre

<sup>459</sup> REISIG Jr. The Loss of a chance theory in medical malpractice cases: an overview (1989), p. 1164.

<sup>460</sup> MCLAUGHLIN. Proximate cause (1925), pp. 180-183.

<sup>461</sup> ORGAZ. El daño resarcible (1967), p. 44. Nesse mesmo sentido o art. 403 do Código Civil brasileiro e 520 argentino. Os partidários da teoria do dano imediato têm se utilizado do mesmo argumento para fundamentar o possível acolhimento da lei à teoria, como se verá sem seguida.

<sup>462</sup> SILVA. Responsabilidade sem culpa (1974), p. 123. O autor cita o exemplo conferido por THYREN: “A. à uma hora da madrugada, cava em um determinado sítio um fosso, à uma e meia dessa mesma madrugada, B. aconselha C. a que dê um passeio por esse mesmo sítio. C. atende. Vai e cai no fosso. Pela teoria da causa próxima, o responsável pela queda de C., seria, não A., que cavou o fosso à uma hora, mas B., que à uma e meia, vale, dizer, mais proximamente ao evento danoso, deu a C., o conselho

coincide com a última da cadeia causal, como é pressuposto da teoria da causa próxima.<sup>463</sup> O conceito de imediatidade deve possuir um sentido lógico e não meramente cronológico, pelo qual a imputação defendida por essa teoria pode conduzir a soluções injustas.<sup>464</sup>

Percebe-se que, até mesmo na doutrina e jurisprudência do *common law*, a idéia original de proximidade perdeu força e a expressão *proximate cause* é utilizada em grande escala, para se referir ao processo de imputação causal, muito mais do que propriamente à teoria da causa próxima. O desenvolvimento da teoria tem levado, em certa medida, à consideração do que já temos assinalado como o caminho que entendemos mais adequado para a construção do processo de imputação, ao assinalar-se que a clamada causa próxima exige que o dano se enquadre dentro do *risco* criado pela negligência do réu.<sup>465</sup>

#### 4.6.6 Teoria da verificação concreta do fundamento da norma violada

Entendendo que a teoria da *conditio sine qua non* remete a responsabilidade ao infinito e que a causalidade adequada não detém critérios objetivos para se definir o que seria a causa relevante, GOMES DA SILVA irá propor dois momentos lógicos de investigação do nexa causal: 1) a verificação se o dano teve por condição necessária algum dos fatos que a lei considera como fonte de responsabilidade civil; 2) a averiguação se o dano de fato se produziu, no caso concreto, pela forma como a lei concebe como causa de responsabilidade, ou seja, tendo sido possível a previsibilidade do resultado, haja este derivado de conduta realizada ou deixada de realizar, quando de forma diversa era obrigado o agente.<sup>466</sup>

Não importa, portanto, saber qual das causas é relevante, mas averiguar se o dano produzido foi constituído, no caso concreto, por todos os fatores aos quais, em

---

de que resultou sua queda. Contrariamente: se o conselho de B. a C. é dado à meia noite, o responsável pela queda de C. seria A. e não B.”

<sup>463</sup> Cf. TRIMARCHI. Causalité e danno (1967), p. 20.

<sup>464</sup> Cf. MATOZZI. La relación de causalidad en la órbita del derecho de daño (2000), p. 87.

<sup>465</sup> KING JR. Reduction of likelihood reformulation and other retrofitting of loss-of-a-chance doctrine (1997), p. 499.

<sup>466</sup> Cf. SILVA. O dever de prestar e o dever de indemnizar (1944), pp. 89-156.

abstrato, a lei prevê responsabilidade e se, de fato foi produzido pelo processo que a lei tem em vista. A averiguação do nexo de causalidade acaba por reconduzir à tarefa hermenêutica do conteúdo e do fim específico da norma que serviu de base à imputação do resultado.<sup>467</sup>

Observa-se, nesse sentido, claro juízo normativo sobre o processo de imputabilidade. A verificação naturalística do nexo causal é substituída por uma perspectiva normativa, em que se demanda a análise do sentido de proteção da norma, de forma a se avaliar se o bem lesado corresponde ao bem jurídico tutelado pela norma em que se busca imputação.

Compartilhando da mesma perspectiva, acentua TRIMARCHI que a adequação da conduta para a causação do resultado deve ser encontrada de acordo com o risco protegido, conforme o fim da norma. O autor, por sua vez, formula três requisitos orientadores que deverão coexistir: 1) não se poderá dizer que o dano teria igual probabilidade de realização mesmo com a falta do ato ilícito; 2) o dano é realização própria do risco que a regra violada tem o fim de eliminar ou reduzir, e, por esta razão; 3) não há desproporção entre o ato ilícito e o evento danoso.<sup>468</sup>

Para MENEZES CORDEIRO, a causalidade normativa no campo contratual confere maior precisão na delimitação dos danos indenizáveis. Já no campo aquiliano, mais fácil se torna o enquadramento da conduta ao escopo das normas em presença, no que toca às omissões e normas de proteção.<sup>469</sup> Por isso, o Supremo Tribunal Federal português, segundo o professor da Universidade de Lisboa, passou a ponderar problemas normativos, ainda que com referência à causalidade adequada. A causalidade passa de questão de fato para questão de direito. Essa alteração de entendimento já se prenunciava quando no passado o mesmo efeito prático era alcançado pela redistribuição das “culpas”, que, anteriormente, já havia sido promovida a questão de direito. A causalidade, em verdade, depende da interpretação das normas de imputação envolvidas, que conferem a medida da proteção, na imputação por ato ilícito, e a medida do risco, na imputação objetiva.<sup>470</sup> Nesse sentido,

---

<sup>467</sup> LEITÃO. Direito das obrigações (2005), p. 327.

<sup>468</sup> Trimarchi. Causalità e danno (1967), p. 123.

<sup>469</sup> CORDEIRO. DA responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais, p. 555.

<sup>470</sup> Idem, p. 546-547.

observa-se grande aproximação com a teoria da imputação objetiva, mais desenvolvida na doutrina penal (ainda que originária do campo civil), cujos conteúdos, que da responsabilidade civil também participam, apresenta-se a este trabalho de grande utilidade, e dos quais se fará uso no próximo capítulo, quando, então, se poderá aprofundar na perspectiva do fundamento da norma violada.

#### 4.6.7 Teoria do dano direto e imediato ou da interrupção de nexos causal

Parte significativa da doutrina<sup>471</sup> e jurisprudência<sup>472</sup> brasileiras vem entendendo que o Código Civil brasileiro consagrou a teoria do dano direto e imediato. O artigo 403 do Código Civil de 2002, repetindo o que já dizia o artigo 1060 do diploma de 1916, prescreve que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela *direto e imediato*, sem prejuízo do disposto na lei processual”. Segundo tal concepção, também conhecida como interrupção do nexo causal, só haverá responsabilidade pelos danos que diretamente se verificarem da ação de seu causador.

Atribui-se a inspiração ao artigo 1151 do Código Civil francês que prevê que, nos casos em que a inexecução da convenção resulte de dolo do devedor, os danos e interesses devem compreender, no que toca à perda provada pelo credor e ao ganho do qual foi privado, o que for uma consequência *direta e imediata* da inexecução da convenção.<sup>473</sup>

<sup>471</sup> Cf. GONÇALVES. Responsabilidade civil (2003), p. 524 e TEPEDINO. Temas de Direito Civil, Tomo II, (2006), p. 64.

<sup>472</sup> Em julgado do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 130764-1-PR, tendo como relator o Ministro Moreira Alves, já em 1992, encontra-se: “...Em nosso sistema jurídico, como resultado do disposto no artigo 1060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, agasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada.”

<sup>473</sup> Art. 1151. *Dans les cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte épouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.*

O Código Civil Italiano, em seu artigo 1223, segue a mesma linha, assegurando o ressarcimento pela perda súbita e lucros cessantes, sempre que o dano seja consequência *imediata e direta*.<sup>474</sup> No mesmo diapasão caminha o diploma argentino, em seu artigo 519, conferindo direito à indenização de danos e interesses somente aos que forem consequência *imediata e direta* do inadimplemento da obrigação.<sup>475</sup>

O nexo causal se estabelecerá, tão somente se restar verificada a necessariedade da causa, que se dará, sempre que o dano a ela se conectar, de tal forma que se torne única, ainda que remota, desde que não haja qualquer outra capaz de explicar o evento danoso. A expressão “direto e imediato” deve ser lida como o “nexo causal necessário”. O que rompe o nexo causal é a existência de outra causa, e não a distância entre a inexecução da obrigação e o dano. Se há uma violação de direito por parte do credor, ou de terceiro, interrompido estará o nexo causal e isento de responsabilidade o autor da primeira causa. O mesmo ocorrerá, quando a causa próxima é um fato natural, o que torna tal teoria alvo de críticas. Quando se interrompe o nexo causal por ato de terceiro, contra este poderá voltar-se a vítima; mas, se o fato é natural, restará desamparada de qualquer indenização.<sup>476</sup>

BATTAGLINI, referindo-se ao artigo 1223 do Código Civil italiano, acentua que a qualificação “direta” deve anteceder a qualificação de “imediata”, visto que mesmo um antecedente remoto poderá ser a única causa eficiente, quando as circunstâncias mais próximas não se revelem capazes de qualquer valor produtivo a respeito do evento.<sup>477</sup> Referindo-se ao mesmo artigo, assevera DE CUPIS que o dano será ressarcido, na medida em que seja uma consequência imediata e direta do inadimplemento ou da mora, tomando dano imediato e direto como aquele em que subsista um nexo de condicionalidade. O dano mediato e indireto, por sua vez, pela letra fria da lei, seria sempre destituído de indenização. Objeta, todavia, que, em sua visão, a intenção da lei é, na realidade, excluir apenas o dano mediato e indireto que

---

<sup>474</sup> “Art. 1223. Il risarcimento del danno per l’inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita súbita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta”

<sup>475</sup> “Art. 520. En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación.”

<sup>476</sup> Cf. ALVIM. Da inexecução das obrigações e suas consequências (1980), pp. 348-373.

<sup>477</sup> BATTAGLINI. A interrupção do nexo causal (2003), p. 109.



também seja reconhecido como irregular. A teoria tem sido alvo de críticas,<sup>478</sup> visto que se poderiam excluir causas relevantes, por não encontrar imediatidade em sua relação com o resultado.

Os lucros cessantes, de outro lado, como prejuízos inegavelmente reparáveis, não podem ser considerados propriamente como consequência direta e imediata do dano. É necessário que se faça a devida ilação entre a conduta, o resultado e a atividade que anteriormente desempenhava e que lhe conferia rendimentos.

Ao buscar solução à dificuldade, DE PAGE esclarece que não é o dano indireto em si que resta excluído da imputação, mas a inexistência do nexo causal é que impede a reparação do dano indireto. A relação causal poderá ser indireta, desde que seja necessária. Haverá relação causal necessária, quando o dano for uma consequência certa da conduta. Nesse sentido, critica a expressão dano indireto. O foco, portanto, não deve incidir sobre o dano, mas sobre o nexo causal, verificando se as consequências da conduta imputável são certas.<sup>479</sup>

Destaca FURTADO FARIA a maior utilidade da teoria para solução de casos em que um ilícito inicial dá ensejo a uma série de danos em cascata, devendo-se determinar os limites da responsabilidade daquele que deu origem à primeira causa. É o caso de uma vítima de atropelamento de menores proporções que acaba falecendo, em razão de erro médico no socorro posteriormente prestado.<sup>480</sup>

De fato, a teoria revela seu mérito, ao permitir a exclusão de causas remotas e irrelevantes, ainda que dotadas de força propulsora inicial do evento. A fim de evitar soluções injustas de responsabilização daquele cuja conduta não seria apta, por si só, a causar o resultado maior, o estabelecimento, todavia, de um marco para a imputação não poderá dar ensejo a uma exclusão, em absoluto, da responsabilidade. Sob o pretexto de se evitar o excesso, não se poderá excluir do processo de imputação as causas contributivas, em especial quando criadoras do processo complexo de formação do resultado. No exemplo acima, reconhece-se que à conduta não poderá ser conferida relevância jurídica suficiente para a imputação do resultado. Mas o

---

<sup>478</sup> DE CUPIS. *Il danno* (1979), p. 236.

<sup>479</sup> PAGE. *Traité élémentaire de droit civil* (1934), p. 818.

<sup>480</sup> FARIA. *O nexo de causalidade e sua interpretação pelos tribunais* (2006), p. 71.

incremento do risco gerado deverá ser ponderado, a fim de se imputar os danos proporcionais à reprovabilidade da conduta.

Como solução ao problema, TEPEDINO propõe que se indague, em primeiro lugar, se é o caso de causas sucessivas (uma direta e as demais indiretas, que lhe deram causa) ou simultâneas (todas diretas e concorrentes). Se todas forem simultâneas, evidenciando-se, portanto, o vínculo de necessariedade de todas elas em relação ao dano, deverá indagar-se quanto ao grau de preponderância, de modo a excluir algumas delas, ou proceder à repartição do dever de indenizar entre os seus responsáveis, quando não for possível estabelecer tal preponderância. Em se tratando de causas sucessivas, todas também necessárias, propõe do mesmo modo a análise da preponderância ou equivalência de uma ou algumas das causas indiretas. Assim, em se tratando de pluralidade de causas necessárias (concorrentes ou sucessivas), a solução será sempre a verificação da preponderância das causas, repartindo-se o dever de indenizar segundo esse critério.<sup>481</sup>

Ao tentar aparar as arestas da teoria, Tepedino aproxima-se novamente da teoria da causalidade adequada, pois, ao buscar a causa “preponderante”, nada mais faz senão perscrutar aquela “adequada” para a realização do resultado, esvaziada, entretanto, de conteúdo para sua identificação. Portanto, a teoria dos danos diretos e imediatos, em sua originalidade, é incapaz de ponderar a imputação que deve ser conferida a condutas mediatas, indiretas ou mesmo concorrentes com concausas. Além disso, abandona o juízo de prognose retrospectiva exercido pela teoria da causalidade adequada, que promove a análise da culpabilidade na formação do juízo de imputação. Ao menos no que se refere à responsabilidade aquiliana, fundada na culpa, importa ter em mente que o Direito Civil não tem a pretensão de punir a conduta em si, como ocorre no Direito Penal, mas tão somente de reparar o dano, quando eivado de culpa, de tal modo que o juízo de imputação deverá considerar não apenas a causalidade física, mas aquela juridicamente relevante.

#### 4.6.8 O teste “NESS”

---

<sup>481</sup> TEPEDINO. Notas sobre o nexo de causalidade (2002), p. 18.

HART e HONORÉ, apropriando-se de alguns conceitos de causalidade de HUME, vêm a criar, em 1959, o sistema que se costumou chamar “*necessary element of suficiente set*” (NESS). Em tradução livre: elemento necessário de um contexto suficiente. Em essência, propõem que uma particular condição será tida como causa (condição para se contribuir com algo) de uma específica consequência se, e apenas se, foi um elemento necessário do contexto de reais condições antecedentes, que foram suficientes para a ocorrência da consequência. Isso permite a conjunção de uma pluralidade de fatores.<sup>482</sup>

Filósofos têm descrito o teste *NESS* como uma necessária fraqueza ou suficiência de força, de modo a distinguir dos possíveis sentidos de necessidade e suficiência. Em ordem decrescente de rigidez, um teste estrito de necessidade irá requerer que Q seja necessário para a ocorrência de R, quando quer que R ocorra. Um menos estrito teste de força necessária exige que apenas Q tenha sido necessário para a ocorrência de R, em uma particular situação. Finalmente, o menos estrito teste de força necessária exige apenas que Q tenha sido um elemento necessário de alguma condição real que foi suficiente para a ocorrência de R. Essa última concepção é a que se alinha ao chamado teste *NESS*.<sup>483</sup> O teste *NESS* colapsa com o tradicional “*but for test*” da doutrina anglo-saxã que propõe a averiguação “se não fosse por tal evento”, tal consequência danosa não teria ocorrido. O teste *NESS* é mais inclusivo que o “*but for*”. Uma condição é tida como causa sob o teste *NESS*, se foi necessária nas circunstâncias de suficiência de qualquer real panorama de necessidade, até mesmo, em razão de outros reais ou hipotéticos panoramas de suficiência, não tenha sido necessário – como exigido pelo “*but for test*” – nas circunstâncias, para o resultado.<sup>484</sup>

WRIGHT ilustra a contribuição de tal teoria com o seguinte exemplo: C entrega um veículo a D com os freios avariados e este acaba por atropelar B. Contudo, na avaliação do caso concreto, constata-se que D, de forma negligente, nem sequer havia acionado os freios. Nesse caso, apesar da constatação da falta de C, este não poderá ser responsabilizado, pois o contexto indica que sua conduta em nada incrementou o

<sup>482</sup> HART; HONORÉ. *Causation in the law* (1963-1964), pp. 111-118.

<sup>483</sup> WRIGHT. *Pruning the bramble bush* (1987), p. 1020.

<sup>484</sup> Idem, p. 1021.

risco do resultado. A mesma solução não haverá, contudo, se D deixou de acionar os freios, por ter ciência de que os freios estavam prejudicados.<sup>485</sup> Nesse caso, é claro, D deve ter descoberto o defeito durante o percurso, sem ter tido a chance, ainda, de interromper o movimento do veículo.

Diferente tratamento confere WRIGHT em outra situação, valendo-se de exemplo de MACLAUGHLIN: B substitui a água do cantil de C por água salgada, pouco antes deste ser deixado no deserto. Posteriormente, D furta o cantil de C que acaba morrendo de desidratação. Valendo-se de BRECHT e MILLER<sup>486</sup> e caminhando em sentido diverso a HART e HONORÉ que ressaltam o adiantamento do evento morte, caso C houvesse bebido a água salgada (em seu exemplo, envenenada), WRIGHT conclui que a causa *mortis* não é outra senão o extravio da água, pois por falta dessa é que C veio a falecer.<sup>487</sup>

WRIGHT, contudo, parte de um pressuposto errado, visto que considera que o que de C foi extraviado era justamente o que precisava para não ter falecido, quando na realidade não havia água, mas sim substância que, se ingerida, incrementaria o risco de morte. No Direito Penal brasileiro, ter-se-ia a figura do crime impossível por absoluta impropriedade do meio, prevista no artigo 17 do Código Penal.

A teoria apresenta grande contribuição, ao assinalar que, ainda que determinados fatores possam integrar o processo causal, tornam-se irrelevantes, quando da análise da contribuição para o incremento do risco. As possíveis causas contributivas deixam de ser verificadas em perspectiva isolada e passam a ser tomadas na conjuntura em que se apresentam. É possível que determinado fator não tenha força, por si só, para causar o resultado; entretanto, se implementado em determinado contexto, assume relevância diversa. O inverso também poderá ocorrer, revelando que determinados fatores, aptos por si só a causar o resultado, tornam-se irrelevantes em determinadas conjunturas, o que se verá com mais cuidado no capítulo seguinte.

---

<sup>485</sup> WRIGHT. Causation in tort law (1985), p. 1801.

<sup>486</sup> BECHT e MILLER, The test of factual causation in negligence and strict liability cases (1961), pp. 205-210 *apud* WRIGHT, p. 1801.

<sup>487</sup> WRIGHT, op. cit, p. 1802.

#### 4.7 Rompimento do nexo causal

Quando a causa superveniente romper a harmonia, rumo e coerência da cadeia sucessiva de fatos, dando nascimento à realidade insólita, inusitada e fora do conjunto lógico esperado, “encerrando verdadeira aberração na sequência, um desvio da normalidade que venha a ensejar a perplexidade, imperioso será reconhecer sua independência relativa e, conseqüentemente, proceder à exclusão – *ex vi legis* – do nexo causal.”<sup>488</sup>

Desnecessária se faz qualquer locução legislativa sobre interrupção do nexo causal, pois basta que se apure causa estranha à pessoa do contratante, para se considerar que o evento danoso não lhe poderá ser atribuído. Uma derrogação explícita só será realmente necessária nos casos em que o diploma civil se conforme com a doutrina da equivalência das condições.<sup>489</sup>

A interrupção do nexo causal pressupõe: 1) a existência de um nexo causal entre o primeiro fato e o dano que vem a ser interrompido; 2) que o segundo fato não seja consequência do primeiro; 3) que o segundo fato tenha força suficiente para causar o dano, independentemente dos efeitos do primeiro. Desse modo, o segundo fato não poderá ser um efeito natural do primeiro; poderá ter surgido em consequência das circunstâncias criadas pelo primeiro, mas deve guardar força suficiente para sozinho causar o dano. Em outras palavras, se não existisse o primeiro fato, mas outra circunstância qualquer que possibilitasse o implemento do segundo fato, este seria da mesma forma suficiente, pelo seu exclusivo potencial, de causar o mesmo resultado.

#### 4.8 Concausalidade

##### 4.8.1 Conceito

---

<sup>488</sup> PEDROSO. Nexo causal, imputação objetiva e tipicidade conglobante (2001), p. 474.

<sup>489</sup> Cf. BATTAGLINI. A interrupção do nexo causal (2003), pp. 111-112. Arremata que qualquer causa estranha ao pactuante não poderá conformar-se como “consequência imediata e direta”, locução prevista no artigo 1225 do Código Civil Italiano.

Somente se pode considerar causa a condição do fato imputável ao comportamento do agente e como concausa<sup>490</sup> todas aquelas independentes de sua ação. Tal presunção parte do conceito de que o comportamento ilícito rompe um equilíbrio preexistente entre resultados mais ou menos normais e aleatórios, quando os outros fatores etiológicos se inserem na cadeia causal iniciada por aquele comportamento, desenvolvendo até o resultado final.<sup>491</sup>

Relevante para a definição da responsabilidade é a identificação da participação de cada possível causa para o evento danoso. Tome-se o exemplo de um doente que, operado sem os devidos cuidados de assepsia, contrai infecção. Um segundo médico busca então reverter a situação sem êxito, com clara imperícia, e o doente vem a falecer. Neste caso a morte supõe a pluralidade de causas que se sucedem, tornando-se necessário questionar se os fatos posteriores interrompem o nexo de causalidade, liberando o primeiro devedor ou tornando-os responsáveis solidários.<sup>492</sup>

Sem prejuízo de eventuais digressões quanto à relevância das causas virtuais, importa que se considere, nesse momento, se 1) a segunda causa por si só era capaz de causar o resultado (causalidade concorrente); ou, 2) se o primeiro estado foi

---

<sup>490</sup> CALABUIG oferece elucidativa classificação para as concausas. Inicialmente as divide entre concausas preexistentes, contemporâneas e consecutivas.

As concausas preexistentes se dividem, por sua vez, em fisiológicas, teratológicas e patológicas. As concausas preexistentes fisiológicas são aquelas inerentes ao organismo e que potencializam o resultado danoso. Dentre elas encontram-se problemas gástricos particulares e a gravidez. Concausas preexistentes teratológicas se encontram entre as ectopias congênicas de órgãos torácicos ou abdominais, entre as fragilidades anormais dos ossos. Concausas preexistentes patológicas são aquelas mais freqüentes deste grupo e se dividem em concausas gerais e concausas localizadas. Dentre as primeiras encontram-se a sífilis, a tuberculose, a AIDS, a gota, a diabetes e a hemofilia. As concausas preexistentes patológicas localizadas são também bem numerosas, podendo distinguir dentre elas as lesões do aparato circulatório, em especial do coração (miocardias, defeitos vasculares, esteatosis, coronariopatias) e dos vãos cerebrais (ateromas, aneurismas), tumores e abscessos de determinados órgãos, meningitis, pleuritis, bronquitis, estenosis, ulcerações, calos ósseos, etc.

Causas contemporâneas concorrentes são aquelas que atuam sobre o organismo, ao mesmo tempo da causa imputável ao comportamento do agente. Um claro exemplo é a infecção bacteriana no foco da ferida provocada pelo agente lesivo contaminado, dando lugar a uma infecção cujas consequências superam, em grande medida, as consequências que teriam advindo, caso o lugar do ferimento estivesse limpo.

Estas concausas se apresentam frequentemente como complicações sépticas de feridas, devido à causa lesiva, mas também em situações como pneumonia hipostática, úlceras de decúbito. CALABUIG. *Nexo de causalidad en valoración del daño corporal* (1997), pp. 16-18. Vide também a respeito HERNANDEZ CUETO. *Imputabilidad médica* (1994), pp. 49-51.

<sup>491</sup> Idem, p. 16.

<sup>492</sup> Cf. LEVE. *Nexo de causalidade e epidemiologia* (2006), p. 174.

agravado pelo segundo ato, de forma a se concluir que apenas a soma de ambas as causas é suficiente para o implemento do resultado (concausas cumulativa).

#### 4.8.2 Concausas cumulativas

Haverá casos em que duas causas somadas vêm a causar um resultado mais grave, as quais, se tomadas isoladamente, seriam incapazes da produção do mesmo resultado, mas aptas à produção de um resultado mais leve.<sup>493 494</sup>

Tome-se o caso de um indivíduo que nasce com um defeito congênito de válvula de uretra posterior (a uretra é obstruída) e o médico A, podendo fazer o diagnóstico e proceder ao tratamento, falha em seu dever. Em razão disso, o paciente evolui com insuficiência renal e é obrigado à realização de um transplante de rim que, por sua vez, o deixa imunossuprimido. Em nova cirurgia, agora realizada pelo médico B, este acaba culposamente lesionando a alça intestinal. O paciente que se encontrava imunossuprimido, evolui com grave infecção e vem a óbito. Percebe-se que tanto o médico A como o médico B, de forma culposa, causaram danos ao paciente, mas nenhum deles capaz de levar à morte. A soma de ambos os fatores, entretanto, acaba dando ensejo ao resultado mais gravoso.

Trata-se de saber se o primeiro fato incrementa a possibilidade ou favorece objetivamente o evento danoso e se este teria ocorrido sem a existência do primeiro evento ou, de outro lado, se o segundo fato provocou o dano, independentemente do primeiro.<sup>495</sup>

Para os irmãos MAZEAUD, demasiadamente complexa é a discussão do percentual de culpa a ser atribuído a cada parte, o que poderá trazer imensas

---

<sup>493</sup> No mundo dos fenômenos, algumas vezes, como na mecânica, é o exemplo combinado de várias forças, os efeitos separados de todas as causas continuam a se produzir, mas se confundem uns com os outros e desaparecem em meio ao efeito total. Por outras vezes, o que ocorre sobretudo na química, os efeitos separados são completamente substituídos por fenômenos inteiramente diferentes e regidos por leis diferentes (MILL. *System of logic ratiocinative and inductive* [1919], p. 289).

<sup>494</sup> Fernando Noronha, divergindo de outros autores, prefere a denominação causalidade concorrente. A mesma inversão conceitual fará, quando define esta modalidade. Cf. NORONHA. *Direito das Obrigações* (2007), pp. 653-656.

<sup>495</sup> COELHO. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil* (1998) p. 32-33 e 37.

dificuldades ao intuito de reparação do prejuízo. Mais aconselhável se faz condenar o autor do fato à reparação integral, permitindo-lhe a ação de regresso contra quem quer que haja colaborado para o evento danoso. No caso de participação culposa da vítima, esta poderá ser avaliada e seu percentual descontado do valor apurado, para o montante indenizatório.<sup>496</sup>

Ainda mais complexa se torna a solução, quando se encontram duas possíveis causas do evento danoso, atribuídas ao mesmo réu, sendo, contudo, uma delas destituída de culpa. No caso *Basko v Sterling Drug, Inc.*<sup>497</sup> o autor foi vítima de lesão a suas retinas, causada pelos efeitos de duas drogas, ambas capazes, sozinhas, de causar o evento danoso e ambas produzidas pelo mesmo réu. Ocorre, todavia, que com relação à primeira droga, tomada entre 1953 e 1957, não restou comprovada qualquer negligência por parte do réu, visto que os efeitos danosos da droga só se tornaram conhecidos em 1957, quando o autor não mais fazia uso do medicamento. O mesmo não pôde ser dito do segundo medicamento, em que foi constatada falha em informar sobre as consequências da droga.

O júri<sup>498</sup> foi instado a se manifestar nos termos do “*but for test*”, que, aos moldes da *conditio sine qua non*, questiona os jurados: “se não fosse” a droga, teria o evento danoso ocorrido? Nesse sentido, o julgamento se deu favorável ao réu, pois, mesmo com o advento da conduta negligente de colocar o segundo medicamento no mercado sem as devidas advertências, a lesão na retina teria ocorrido, em razão da conduta anterior que não pôde ser imputada como negligente. A corte de apelação, todavia, reverteu o julgamento, justificando que o “*but for test*” não poderia ser aplicado em situações como esta, em que duas forças independentes emergem para produzir um resultado em que qualquer das duas sozinhas poderia ter produzido. Ao invés disso, indicou que o júri deveria ser instruído nos termos da causa substancial.<sup>499</sup>

A causa substancial surge como alternativa nas cortes americanas, para suprir a lacuna deixada pelo tradicional “*but for test*”. Não há nela um parâmetro pré-definido;

<sup>496</sup> *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile* (1932), p. 364.

<sup>497</sup> 416 F. 2d 417 (2d Cir. 1969).

<sup>498</sup> Nos Estados Unidos a competência do tribunal do júri é ampla e invocada até mesmo para casos cíveis, ao contrário do Brasil que se restringe aos crimes dolosos contra a vida.

<sup>499</sup> *Id.* 430. Trata-se, em verdade, de causalidade hipotética, também chamada de causa virtual, tema que será enfrentado com cuidado no próximo capítulo.



os jurados são instados a se manifestar dentro do parâmetro do bom senso, arguindo se a causa foi ou não substancial para o advento do dano. Além de servir para uma análise mais concreta do caso que se apresenta, é também útil para determinar a causa próxima. Permite que o julgamento negue o resultado conferido pelo “*but for test*”, entendendo não ser um fator substancial, porque uma pessoa sensata compreenderia como insignificante. Mas a função dupla da causa substancial frequentemente torna impossível determinar se a conclusão de inexistência de uma causa substancial é fundada na ausência de nexos causal ou na ausência de causa próxima.<sup>500</sup>

#### 4.8.3 Causas concorrentes

Haverá também situações em que, tanto a causa A como a causa B são suficientes para a produção de determinado evento danoso e ambas acabam por se implementar. É necessário, desse modo, que dois ou mais indivíduos participem do nexo causal, de modo que seus atos, independentes entre si, tenham produzido o mesmo dano, sendo aptos, por si só, à produção do resultado em verificação abstrata.

Não se poderá dizer que um, somado ao outro, acabou por implementar o resultado, pois, nesse caso, haveria causas cumulativas. Também não há de se restringir à mera possibilidade hipotética de causação do mesmo resultado, pelo ato de um dos agentes, conhecendo-se a razão da morte e imputando a existência a apenas um deles, pois, nesse caso, tratar-se-ia de causalidade hipotética.

Para que, de fato, se possa considerar a causalidade concorrente, é necessário que ambas as causas se implementem no mesmo instante, com potencial de, sozinhas, darem causa ao mesmo resultado, sem que se possa definir com precisão qual foi, de fato, a causa do evento danoso. A hipótese se apresenta quando, a exemplo, em uma cirurgia, dois médicos de especialidades distintas: um angiologista, reconstruindo os vasos lesionados por uma fratura exposta e um ortopedista, tratando propriamente do trauma ósseo, atuam de forma negligente e apta a causar a morte do paciente, a qual

---

<sup>500</sup> FISCHER. Causation in fact in omission cases (1992), p. 1347.

de fato vem a ocorrer, sem que se possa dizer, nem hipoteticamente, quem foi o causador.

A solução conferida não pode ser outra senão a de responsabilizar qualquer um dos lesantes.<sup>501</sup> De fato, a alegação de que o resultado teria sido, de qualquer modo, implementado, não fosse sua ação, não poderá, nesse caso, isentar da responsabilidade, pois restaria incongruente que a alegação de todos acabasse resultando na responsabilidade de nenhum.<sup>502</sup>

#### 4.8.4 Circunstâncias agravantes

Há também situações inesperadas que se somam ao nexo causal, sucedendo a conduta e que acabam por produzir resultado diverso daquele que se caminhava para se implementar ou mais grave do que o que havia. Por exemplo, se, por erro do cirurgião, o paciente sofre uma parada cardíaca que poderia facilmente ser remediada com os aparelhos disponíveis, os quais, todavia, acabam sendo danificados por alta descarga de energia proporcionada por oscilação de tensão da rede, ter-se-á aí não um rompimento do nexo causal, mas um incremento no resultado danoso. A doutrina americana tem chamado tais circunstâncias de “*coincidence*” e para sua configuração tem elencado três elementos: 1) uma circunstância anormal; 2) independentemente da ação do causador do dano; e, 3) não existente no tempo em que ele agiu.<sup>503</sup>

Não há de se falar simplesmente em caso fortuito, quando haveria, de fato, rompimento do nexo causal. A morte do paciente, no exemplo conferido, é decorrência direta da conduta culposa do médico. Há, todavia, um agravamento do resultado, pois este poderia ter sido evitado, não fosse o segundo evento. Percebe-se que nem mesmo é certa a afirmação de que o resultado seria outro, pois também é possível que as manobras realizadas com o uso do aparelho fossem insuficientes.

Assim, a melhor solução é que permaneça a imputação do erro médico, tomando-se em conta o segundo evento apenas para fins de minoração do montante

<sup>501</sup> PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado, v. 22 (1958), p. 192.

<sup>502</sup> Cf. ARNALDO DÍAZ. Responsabilidade coletiva (1998), p. 118.

<sup>503</sup> Cf. MANSFIELD. Hart and Honoré, causation in the law – a coment (1963-1964), pp. 507-509.

indenizatório devido. A solução é semelhante ao tratamento conferido pela teoria da diferença (*differentztheorie*), da qual se tratará no capítulo seguinte.

#### 4.8.5 Concorrência de erro médico com as decorrências da doença ou acidente

Peculiar situação vivida na prática médica, no campo da concausalidade, é a dificuldade de definição do limite de responsabilidade entre o médico e a própria doença ou acidente, quando já constatada a existência de erro médico. É certo que um acidente automobilístico que venha a fraturar o fêmur, é capaz de levar ao encurtamento da perna; mas também é verdade que as manobras e procedimentos médicos realizados para o processo de consolidação da fratura também são capazes de causar ou agravar o encurtamento. Como, então, definir o limite da responsabilidade do médico pelo resultado indesejado?

LORENZETTI propõe alguns passos lógicos e probatórios, a fim de conferir maior objetividade à investigação das causas e da força participativa de cada uma. Deve-se questionar se, normalmente, o fato teria produzido o resultado e se, também, se produz em outras circunstâncias. Para tanto, poderá se valer dos dados estatísticos e, em seguida, definir como cada uma das concausas influenciou na produção do resultado.<sup>504</sup> As conclusões do autor, entretanto, partem para uma verdadeira penalização do erro as quais não podemos acompanhar. Assinala LORENZETTI que, se a ação do médico por si mesma é capaz de causar o resultado, então desnecessária se torna qualquer averiguação do potencial de dano da doença ou acidente, visto que o dano, por igual, teria sido produzido.

A não ser que se faça uma opção legislativa (*lege ferenda*) pelos danos punitivos (*punitive damages*), presentes no ordenamento jurídico anglo-saxão, a verificação da causalidade deve servir, exclusivamente, para definição da imputação do dever de indenizar e do quantum indenizatório. Desse modo, caso a investigação das concausas traga à luz a possibilidade de existência do dano, independentemente da ação do médico, o dever de indenizar por eventual conduta culposa deverá

<sup>504</sup> LORENZETTI. Responsabilidad civil de los médicos (tomo II), pp. 126-127.

permanecer tão somente quando constatado o agravamento do resultado e na proporção deste.

Haverá, entretanto, outras nuances que devem ser enfrentadas, em particular se considerado que a enfermidade ou o acidente já apresentam em si um risco à integridade física do paciente. Ver-se-á, no próximo capítulo, que tanto as causas como as concausas devem ser sopesadas à luz da verificação do incremento ou diminuição do risco, bem como da assunção ou não deste, pelo consentimento do paciente.

A verificação da responsabilidade médica não pode restringir-se a uma análise do nexo de causalidade físico, nem, em outro extremo, a uma política de punição por eventuais condutas culposas, desconsiderando o risco já existente e implementado pela própria doença ou acidente. Importa que o juízo de imputação seja normativo e conduzido pela política de valoração e proteção do objeto jurídico tutelado. É o que se apresentará em seguida.

## CAPÍTULO 5

### 5. JUÍZO DE IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

#### 5.1 Processo de Imputação por um juízo normativo

A decisão quanto à identificação da causa e da responsabilidade poderá se apresentar tormentosa, em especial quando, na hora de conformar a explicação, se apresentem concomitantemente várias condutas de risco capazes de oferecerem uma explicação, seja no potencial de produzir o resultado, seja na interdependência de uma com as outras. Em casos extremos, poder-se-ão encontrar vários agentes que tenham se comportado contrariamente ao dever de conduta; a vítima, com seu proceder, também tenha infringido regras e se colocado em situação de risco, e a situação, de fato, revele um conjunto “infausto”. Pode ser também que não haja comportamento inadequado algum, configurando a existência do infortúnio da vítima: *casum sentit dominus*. A regra “o que não condiciona o resultado tampouco o explica” é verdadeira. Mas, nem por isso, poder-se-ia dizer que sua versão negativa é correta: “o que condiciona o resultado também o explica”.<sup>505</sup> Na verificação do conjunto das relações causais de um determinado dano, há de se constatar qual das orientações poderá definir-se como *risco determinante*.<sup>506</sup>

No ensino de DE CUPIS, um fato pode ser dito imputado a um sujeito, quando a este, como seu autor, pode ser associado. Tal imputação pode ser puramente material, assim como psicológica. Igualmente se poderá dizer quanto ao dano, que pode ser imputado ao sujeito, enquanto derive do fato que a este foi posta materialmente sua existência, assim como se poderá imputar também psicologicamente, quando o sujeito tiver agido com um particular estado de ânimo. Desse modo a imputabilidade é um pressuposto da imputação, ou seja, “La possibilità che Il danno venga ricondotto

---

<sup>505</sup> Cf. JAKOBS. A imputação objetiva no Direito Penal (2000), pp. 76-80.

<sup>506</sup> JAKOBS. A imputação objetiva no Direito Penal (2000), p. 17.

(materialmente, ovvero anche psicologicamente) all'individuo umano" (em tradução livre "a possibilidade que o dano tem de reconduzir [materialmente, assim como também psicologicamente] ao indivíduo humano).<sup>507</sup>

ALBERTO DÍAZ ressalta que a atribuição de um resultado a uma atuação voluntária de um sujeito e a sua responsabilidade por este resultado são matérias distintas, que devem ser tratadas por diferentes enfoques. O primeiro aspecto concerne ao plano físico, à alteração do mundo exterior, ao nexo causal entre uma conduta e um resultado. A responsabilidade pela causação do dano é atinente a uma política legislativa, que decide o que se torna socialmente relevante, para fins de responsabilidade. Não se trata de uma averiguação de simples alteração das circunstâncias iniciais, mas, sim, de verificação do amparo jurídico e interesse da lei para a imputação do dever de indenizar.<sup>508</sup>

Na concepção da teoria da imputação objetiva,<sup>509</sup> a verificação da existência de culpa e nexo de causalidade é dirigida por um juízo normativo, considerando o escopo da norma violada. Além disso, a perspectiva do necessário incremento do risco assume especial relevância na ponderação da reprovabilidade da conduta médica. Na medida em que se propõe uma análise normativa do nexo de causalidade, em detrimento da tradicional perspectiva naturalística, o parâmetro da *lex artis* ganha papel de destaque. A imputação objetiva tem sido utilizada com muito maior frequência no Direito Penal, visto que seu escopo é dar solução às arestas deixadas pela teoria finalista no que se refere ao crime culposos. Acaba, todavia, postando-se, por vezes, de forma desconexa com a concepção de culpa na esfera da criminologia em que se exige a "malícia", visto que o escopo do Direito Penal é, ao final, punir a conduta e não simplesmente reparar a lesão, como ocorre no Direito Civil. A simples não observância da *lex artis*, nesse caso, se apresentará como insuficiente para uma condenação penal, mas, de outro lado, apropriada para uma condenação civil, tomado o parâmetro de exigência comportamental do homem médio (*buono pater familiae*).

<sup>507</sup> DE CUPIS. Il danno (1979), p. 178.

<sup>508</sup> DÍAZ. Responsabilidade coletiva (1998), pp. 56-57.

<sup>509</sup> Costuma-se atribuir a teoria da Imputação objetiva ao direito grego, mas é certo que passou a tomar corpo apenas em meados do século XX.

Como já se pôde destacar, a concepção de uma culpa psicologicamente atribuível vem, gradualmente, sendo substituída por uma definição da culpa em sentido normativo, como um juízo de censura ao comportamento do agente, segundo parâmetros previamente estabelecidos.<sup>510</sup> Não é o intuito de punir, mas de reparar o dano causado por uma conduta reprovável, concebida pelas exigências que se faziam presentes ao padrão mediano de perícia, prudência e diligência esperado.

FIGUEIREDO DIAS, valendo-se dos ensinamentos de KELLER, SCHNEIDER e WINDDELBLAND, acentua que a verificação da possibilidade do agente de um pretense ato culposo ter agido de outro modo se torna impossível na análise do caso concreto, pois não há como se retornar ao passado ou se penetrar na mente do autor do fato. A única forma de se adquirir tal conceito, necessário para a atribuição da culpa, é mediante critérios gerais, seja através do parâmetro do homem médio ("*Mann Kann*"), seja por meio de um padrão ainda subjetivado, o poder normal no homem com as capacidades do agente. Nesse viés, desligando-se da análise do agente no caso concreto, perdida fica a questão do livre arbítrio, pois jamais se poderá exercer o juízo de valor, se tal agente de fato queria agir naquele sentido, e podia agir de outro modo. Mesmo que se busque fundamentar a verificação da culpa no livre arbítrio, ela nada tem a ver, na realidade, com a liberdade: "ter-se-á perdido de uma ou de outra maneira, a causa da liberdade da vontade e, com ela, a indispensável fundamentação ética da culpa". Da análise da facticidade real-psicológica não se poderá depreender a liberdade do concreto ato de vontade, de decisão, de eleição ou de escolha.<sup>511</sup>

As dificuldades com relação à aferição da culpa, em especial tomando-se o preceito tradicional do poder de atuação de forma diversa, nortearam as reflexões na direção de uma maior objetivação da responsabilidade. A idéia central do ato ilícito já parte desse pressuposto, de que o ato pessoal deve ser entendido como aquele que compreende todos os atos que se referem à pessoa, sobre a base dos deveres de comportamento estabelecidos pela lei. É a ideia de "comportamento", como modo de atuar da pessoa em relação à causa de um evento lesivo para outros, que vem a ser o ponto de referência da imputação. Essa concepção de comportamento será entendida

---

<sup>510</sup> Cf. também LEITÃO. Direito das Obrigações (2005), pp. 295-296.

<sup>511</sup> DIAS. Liberdade e culpa Direito Penal (1983), pp. 35-37.

como capaz de abarcar tanto a ação dirigida a causar deliberadamente determinado fim, como uma atuação causalmente adequada para produzir o fato não desejado por meio de uma posição material ou jurídica que seja relevante, segundo a Lei e os fins de realização do evento.<sup>512</sup>

No campo do Direito Penal, deparou-se com grande dificuldade em comprovar-se, lógica e ontologicamente, a compatibilidade do delito culposos com a estrutura finalista do agir. Tornou-se bastante duvidosa a existência de finalidade em todas as ações humanas, em especial, naquelas em que o agente atua, omitindo certas diligências a que estava obrigado e nas quais nem sequer pensara. Para justificar finalisticamente uma conduta descuidada, faz-se necessária uma comparação entre a conduta realizada e aquela que efetivamente se exigia, por meio de juízos de valor, a fim de definir uma conduta descuidada e uma conduta cuidadosa, o que, de certa forma, “configura contradição à estrutura ontológica da ação e manifesta submissão a um conceito normativo de conduta”.<sup>513</sup>

A imputação objetiva exige a averiguação do nexo de adequação e de um nexo especial do fim de proteção: os prejuízos causados como consequência do comportamento a avaliar devem ser lógicos, segundo a experiência, de modo a existir um certo risco nessa direção. No caso de atos omissivos, consistirá na não eliminação de um perigo possível, em que o resultado produzido seja a realização do risco que se deveria ter abolido.<sup>514</sup> CALABRESI irá chamar de *causal link* tudo aquilo que, ainda que em tese pudesse ser afastado como causa real do dano, incrementa, em abstrato, a ocorrência do dano. Tais fatores poderão ser socialmente recomendados, aceitos, evitáveis ou até mesmo condenados. É certo, todavia, que, empiricamente, a repetição da ação ou das circunstâncias no futuro terá a alta probabilidade de repetição do mesmo dano, incrementada em razão daquilo que é considerado *causal link*.<sup>515</sup>

Os critérios que se utilizam para levar a cabo a imputação objetiva, são a geral idoneidade da ação para a produção de um resultado semelhante (teoria da

<sup>512</sup> Cf. CORSARO. Culpa y responsabilidad civil (2000).

<sup>513</sup> Cf. TAVARES. Teoria do Crime Culposos (2009), p. 73.

<sup>514</sup> FRISCH. Tipo penal e imputação objetiva (1995), p. 34.

<sup>515</sup> CALABRESI. Concerning Cause and the Law of Torts (1975-1976), pp. 71-72



adequação) e o aumento do risco de produção de resultados reprovados pelo ordenamento jurídico precisamente por este ato.<sup>516</sup>

Segundo ROXIN, na busca de uma conexão lógica de uma conduta ou omissão com determinado resultado, é preciso recorrer a quatro critérios: “a falta de diminuição do risco; a criação de um risco juridicamente relevante, o aumento do risco permitido e a esfera de proteção da norma (isto é, a falta de exoneração do risco)”.<sup>517</sup>

## 5.2 Ponderação de riscos na atividade médica

### 5.2.1 Diminuição do risco como escopo da intervenção médica

Tudo o que não seja objetivamente perigoso, capaz de aumentar o risco do resultado danoso, não terá o poder de imputar responsabilidade, seja civil ou penal. Os desígnios internos assumem papel irrelevante nos juízos da imputação objetiva; o que, de fato, é relevante é a análise da conduta dentro do parâmetro da periculosidade objetiva. Se um cirurgião age de forma correta, segundo a *lex artis*, em todos os procedimentos que lhe eram devidos e o paciente vem a falecer, não responderá pelo resultado, ainda que o tenha desejado. Diversa será a solução, se tiver procedido com dolo ou culpa.<sup>518</sup>

É possível também que haja incremento do risco, com extrapolação do risco permitido, mas a conduta que se exigia, se mostre posteriormente incapaz de produzir o resultado. O exemplo sempre citado é o do diretor de uma fábrica de pincéis que entrega a seus empregados pelos de cabras chineses, sem verificar previamente se

<sup>516</sup> LARENZ. Derecho justo fundamentos de ética jurídica. (1990), p. 108. A respeito dessa aproximação com a teoria da causalidade adequada, LUNA YERGA observa que, na Espanha, a sala primeira do tribunal supremo tem adotado a teoria da causalidade adequada como critério para determinação do nexo causal com certa confusão, todavia, entre causalidade de fato e imputação objetiva, constituindo a teoria da adequação também um dos critérios da imputação objetiva. LUNA YERGA. La prueba de la responsabilidad médico-sanitaria (2004), p. 369.

<sup>517</sup> ROXIN. Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal (1998), p. 162.

<sup>518</sup> ROXIN. Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal (1998), p. 160. Nisso se percebe a distinção entre os desígnios da ação e desígnios do resultado. Nos primeiros, a conduta finalística se dirige à prática ou omissão de determinada conduta, enquanto, nos segundos, há intencionalidade voltada à implementação do próprio resultado.

foram desinfetados, como era de sua obrigação legal. Em razão disso, quatro empregadas acabam por falecer, mas, posteriormente se verifica que, mesmo que se houvesse providenciado a desinfetação, esta não teria ocorrido, visto que os métodos empregados à época se mostraram ineficazes para a produção do resultado pretendido, diante do bacilo em específico.<sup>519</sup> A conduta é contrária ao que se esperava, uma violação do risco permitido, mas o implemento da conduta não seria capaz de diminuir o risco que se implementou.<sup>520</sup> Assim serão todos os casos em que a omissão do médico em agir em determinado sentido, se mostre incapaz de evitar o risco já existente na doença. Não se trata de *perda de uma chance*, pois as chances são zero.

A solução não terá a mesma simplicidade, quando a conduta for a causa imediata do próprio resultado. Tome-se o clássico caso da jurisprudência alemã de um médico que usou uma injeção de cocaína, para anestesiá-lo, em vez de novocaína, meio mais indicado.<sup>521</sup> Em razão de tal substância a paciente veio a óbito. Entretanto, verificou-se, posteriormente, que, dada a constituição física do doente, a possível utilização de novocaína também teria provocado o mesmo resultado. JESCHECK afirma que, em casos como esse, o nexo de causalidade tem sido negado, ainda que o evento danoso tenha se dado em razão do comportamento negligente, visto que dito resultado se teria verificado igualmente com um comportamento cuidadoso. É preciso demonstrar, com clareza, que o resultado teria sido evitado por um outro tipo de comportamento, o qual seria objetivamente considerado mais adequado e esperado para o caso concreto, pois, do contrário, não terá havido aumento objetivo do risco, mas tão somente intenção de diminuí-lo. O autor, contudo, assume outros fundamentos. Para ele, a imputação objetiva só se sustenta, quando a infração do dever de cuidado possa se aferir de maneira demonstrável, por meio de uma colocação em perigo do bem protegido, notavelmente mais elevada que o normal, já que os deveres de cuidado que em cada caso existem, com o objetivo de evitar o

---

<sup>519</sup> GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO. Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables (2008), p. 32.

<sup>520</sup> Afastemos qualquer confusão com o problema de se conferir relevância negativa à causa hipotética em sua modalidade antecipada. Lá, a conduta acaba antecipando um resultado que se daria em razão de um curso causal que sequer se iniciou. Tratamos aqui de adoção de conduta diversa daquela aconselhada pela melhor técnica no caso concreto.

<sup>521</sup> RG HRR 1926, num. 2302.

resultado, devem ser respeitados, ainda que não seja seguro que sua observância terá esse êxito.<sup>522</sup> Ao nosso ver, a questão se resolve com mais propriedade dentro das teorias afetas à causalidade hipotética, como se verá mais adiante.

ROXIN propõe que se compare a conduta que não se pode imputar ao agente como violação do dever, de acordo com os princípios do risco permitido, com a forma com que atuou de fato o agente, buscando identificar se a conduta do autor fez aumentar a possibilidade de produção do resultado, em vista do risco permitido. Se assim for, haverá uma violação do dever que se integra na tipicidade.<sup>523</sup> Essa parece ser a premissa do raciocínio que pretendemos conduzir.

A fim de excluir a imputação, não haverá a exigência de que o agente tenha salvado o objeto jurídico tutelado do perigo a que se encontrava exposto, mas tão somente que sua conduta tenha representado uma diminuição do dano sofrido, pois se reconhece que tenha agido conforme suas possibilidades.<sup>524</sup>

Considere-se o fato de infecções hospitalares. Se determinado médico tomou todos os cuidados para a esterilização dos aparelhos, mas o processo utilizado foi incapaz de eliminar determinada bactéria que se mostrou resistente, não poderá ser imputado como responsável pela morte, ao contrário daquele que deixou de realizar o procedimento. Ainda que se argumente que inúmeras pessoas morrem de infecção hospitalar, mesmo com todos os cuidados, o que está em centro é a conduta do médico, no sentido de aumentar ou diminuir os riscos, e não a adequação desta para a produção do resultado.<sup>525</sup> Particular tratamento receberá, todavia, o hospital que, como pessoa jurídica, se enquadra na concepção da teoria do risco da atividade, conforme visto (cfr. 3.7).

Para TAVARES, o agente que diminui o risco, não pode ausentar-se da linha de causa e consequência a que estava submetida a vítima, criando uma nova linha causal. Confere o exemplo daquele que, ao procurar evitar que a vítima seja atingida por uma pedra, empurra-a em direção de um buraco, causando-lhe fratura da perna. Ainda que

---

<sup>522</sup> JESCHECK. Tratado de derecho penal (1978), pp. 805-806.

<sup>523</sup> ROXIN. Problemas fundamentais de Direito Penal (1998), pp. 257-258.

<sup>524</sup> Cf. TAVARES. Teoria do crime culposo (2009), p. 363.

<sup>525</sup> Cf. ROXIN. Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal (1998).

se demonstre que o prejuízo teria sido maior (morte, por exemplo), não há de se excluir a responsabilidade por tal critério, mas o agente poderá se beneficiar, eventualmente, do estado de necessidade.<sup>526</sup>

Não nos parece ser essa a melhor solução, quando da imputação de eventual erro médico. Tome-se o exemplo de um cirurgião que, ao realizar uma cirurgia de reconstrução do ligamento cruzado anterior do joelho, retira um tendão posterior da mesma perna, segundo a técnica aconselhada. Ao lesionar um órgão sã em benefício de um de maior relevância, não poderá ser imputado ao cirurgião o resultado para, então, valer-se de uma excludente de ilicitude para isentá-lo da responsabilidade. Se fosse assim, estaria a admitir que haveria tipicidade, dentro da esfera penal, o que corresponderia no Direito Civil à violação de um dever de conduta (infração à *lex artis*), sem que, conseqüentemente, houvesse responsabilidade, em razão da existência de excludente de ilicitude. Para fins de imputação, é imperioso que se verifique, desde já, se há infração à técnica esperada. Assim, com razão GARCÍA-RIPOL MONTIJANO afirma que quem diminui o perigo já existente e um dano que já se consubstanciaria, não responde por outro menor, ainda que decorrente diretamente de sua conduta.<sup>527</sup>

Citem-se outros exemplos: 1) um indivíduo sofre queimadura em cuja cicatrização surge o impedimento de estender o joelho (aderência ou brida cicatricial). O médico então retira um enxerto de pele sã de algum ponto do corpo, não queimada, que é colocada no lugar da pele que retraiu, como decorrência da cicatrização. Com isso, a área doadora terá uma cicatriz inestética. 2) Paciente que apresenta câncer na medula óssea (leucemia), deve ser submetido à quimioterapia. Contudo, para destruir o câncer, haverá também destruição da medula óssea normal, que produz as células do sangue, o que resulta na morte do paciente. Proceda-se então ao tratamento radical (chamado de condicionamento), mas, para evitar o resultado mais gravoso, injeta, neste paciente, medula óssea de um doador (transplante de medula óssea). Percebe-se que, em todos esses casos, há mera aplicação da técnica esperada para o tratamento de tais enfermidades.

<sup>526</sup> Cf. Tavares. Teoria do crime culposos (2009), p. 363.

<sup>527</sup> GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO. Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables (2008), p. 25.

### 5.2.2 Incremento do risco como requisito da imputação

Importa ter em mente que a atividade médica já se encontra envolvida em uma série de riscos, não atribuíveis ao médico. O risco de um agravamento da condição de saúde do paciente já está presente, em razão da própria doença ou acidente sofrido. Nesse sentido, importa considerar que há enfermidades incuráveis. Há também uma margem de erro inevitável em todo diagnóstico e terapia, assim como risco de reações adversas causadas pelo tratamento, não previsíveis ou, ao menos, de risco aceitável.<sup>528</sup>

Alerta TRIMARCHI que não basta que o dano se tenha implementado nas condições criadas pelo ato culposo. É imperioso que o risco se tenha incrementado de tal forma que seja possível afirmar que a ocorrência do mesmo resultado se faria consideravelmente menos provável, não fosse a ação do agente. Desse modo, se, em razão de um erro médico, o paciente é obrigado a internar-se e no hospital acaba sendo contagiado com uma moléstia, importa indagar se há maior probabilidade de contágio naquele ambiente hospitalar do que em outro local, ou se o mal causado pelo erro médico trouxe consequências fisiológicas que facilitaram o contágio. Se não houve incremento do risco, se a probabilidade não foi acrescida, não há de se falar em imputação. O ato ilícito terá então exposto o bem lesado ao risco inerente a certos atos da vida ordinária, de tal modo que, não fosse o ato culposo, estaria exposto a um risco análogo do mesmo modo. Tal solução cabe tanto para moléstias raras como ordinárias.<sup>529</sup>

Do mesmo modo, segundo a imputação objetiva, não responde pelo resultado aquele que, incrementando o risco, acaba de fato deflagrando o nexo de causalidade, quando sua ação, ainda que última e deflagratória, tenha tido contribuição muito pequena, a ponto de lhe conferir relevância. O exemplo de cátedra tem sido o daquele que lança sobre os reservatórios de uma represa que estava já prestes a se romper, um pequeno balde de água.<sup>530</sup>

<sup>528</sup> LORENZETTI. Responsabilidad civil de los médicos, tomo II, p. 200.

<sup>529</sup> Trimarchi. Causalità e danno (1967), pp. 61 e 62.

<sup>530</sup> GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO. Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables (2008), p. 25.

No direito norte-americano, sob a égide do Restatement (Segundo) of Torts §§ 291-293 de 1965, a conduta somente será tomada como negligente, se for gerado um risco de dano maior do que o custo de eliminação do mesmo dano.<sup>531</sup> No ilustrativo caso *Hamil v. Bashline*, um hospital foi incapaz de localizar o aparelho de eletrocardiograma, obrigando o paciente a se deslocar a um consultório particular de um médico, onde veio a óbito. O perito atestou que, caso o paciente tivesse sido atendido no próprio hospital, teria 75% de chance de sobrevivência. A Suprema Corte da Pensilvânia considerou que evidências do nexo causal são suficientes quando: 1) “o autor tiver introduzido provas de que o ato ou omissão negligente do réu aumentou o risco de dano” e restar evidenciado que 2) “o aumento do risco foi um fator substancial da produção do resultado.”<sup>532</sup>

No sistema português, do mesmo modo, é possível dizer que o incremento do risco se traduz no agravamento das probabilidades de dano, que, segundo artigo 563 do Código Civil, consubstanciará o necessário nexo de causalidade.<sup>533</sup>

Haverá situações em que uma primeira ação dê causa a um dano, que acaba sendo causado em conjunto com outra concausa, sem que seja possível definir, com precisão, a real contribuição de cada evento para o resultado, ao menos dentro de uma linha de equivalência de condições. Assim, tome-se um erro médico, contemporâneo ao surgimento de uma infecção em nada relacionada com a intervenção médica, que venha a levar o paciente a óbito. Não é certo que na ausência do erro médico a infecção teria sido controlada, nem é certo que a infecção seria fatal. É certo, todavia, que, sem o erro médico, seria maior a chance de sobrevivência do paciente. Em tais situações de agravamento do perigo, como também em situações de ausência de atenuação desse, o risco de dano irá definir o autor da conduta ilícita. É o incremento do risco, e não a precisa atribuição do nexo de causalidade que determinará a responsabilidade.<sup>534</sup>

---

<sup>531</sup> SCHWARTZ. *Contributory and comparative negligence* (1978), p. 699.

<sup>532</sup> "a plaintiff has introduced evidence that a defendant's negligent act or omission increased the risk of harm," "increased risk was a substantial factor in producing the harm." 481 Pa. 256, 392 A.2d 1280 (1978).

<sup>533</sup> TELLES. *Direito das Obrigações* (1997), p. 410.

<sup>534</sup> Trimarchi. *Causalità e danno* (1967), p. 16

Oportuna também se posta a teoria do incremento do risco na definição da modalidade de responsabilidade, quando no contexto da cirurgia plástica. Como já asseverado anteriormente, a posição jurisprudencial que tem prevalecido em diversos países, é a do enquadramento como modalidade de responsabilidade objetiva, visto que o médico, ao submeter um paciente a uma intervenção médica que se propõe a proporcionar embelezamento, estaria a garantir o resultado. A doutrina especializada tem se insurgido contra esse entendimento, com argumentos já explanados, mas parece ao autor que é a análise do risco que servirá como fator marcante, na definição da modalidade de responsabilidade.

A análise da existência do risco e do incremento ou diminuição deste, se revela, ao autor como elemento-chave para a tomada de posição no enquadramento do problema. Esse é, de fato, o ponto nevrálgico da celeuma. Caminhando juntamente àqueles que defendem a permanência da cirurgia estética como obrigação de meio, tal quais as demais intervenções médicas, GIOSTRI argumenta que, sendo certo que o conceito de beleza é relativo e as expectativas do resultado de cada paciente são matéria de foro íntimo, e, tendo em vista que a reação do organismo irá ser diferente em cada paciente diante do mesmo tratamento, criando um fator álea de “imprevisibilidade”, não há de se conferir à cirurgia plástica, como regra, o caráter de obrigação de resultado.<sup>535</sup> Para a autora, a existência do próprio risco cirúrgico, que torna impossível garantir-se o resultado pela simples obediência da técnica, é suficiente para o enquadramento da responsabilidade na modalidade subjetiva.

Ao nosso ver, todavia, o problema da álea está mal colocado. É certo que esta existirá em toda atividade dita de risco, gerando a necessária imprevisibilidade que lhe confere feição. O que se deve perquirir, todavia, é se houve ou não *incremento* do risco e não se restringir a afirmar que esse sempre existirá. Quando a intervenção médica se posta em direção da cura, encontra-se um risco já existente e uma tentativa por afastá-lo ou diminuí-lo. O risco está nas consequências da própria enfermidade que, se não tratada, levará a consequências indesejadas e destrutivas. O paciente que se apresenta enfermo já se encontra em situação de risco, pois a moléstia lhe impõe

---

<sup>535</sup> GIOSTRI. Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação (2003), p. 149.

um desagravo à saúde, um perigo de piora de seu quadro e, por vezes, o risco de morte. Ao médico caberá agir diligentemente no sentido de diminuir esse risco ou, se possível, eliminá-lo. A conduta médica milita contra o risco ou, ao menos, assim deve ser. Diversa é a perspectiva da cirurgia estética, que se insere fora de uma circunstância de risco, corroborando, ao contrário, para a criação do próprio risco. Em síntese, enquanto, como regra geral e esperada, a medicina trabalha no sentido da diminuição do risco, a cirurgia estética se apresenta como o próprio fator de risco.

Nos procedimentos meramente estéticos, o paciente encontra-se fora de risco, não está acometido de moléstia alguma. A falta de intervenção médica não irá proporcionar agravamento algum de seu quadro. Desse modo, a intervenção médica não labuta no sentido de diminuir o risco, mas se torna a fonte de algo que não existia. A cirurgia plástica ocupa o próprio papel de incremento do risco.

Essa é, ao nosso ver, a interpretação que irá conferir razoabilidade ao disposto no artigo 927, parágrafo único do Código Civil brasileiro, que prevê a responsabilidade objetiva: “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” Por evidente, não se há de considerar que a responsabilidade objetiva seja a regra da atividade de prestação de serviços médicos, apesar da possibilidade de se conferir a esta certos riscos. Não é a álea inerente à atividade que deve pautar qualquer classificação entre uma obrigação de meio ou de resultado, mas o *incremento do risco*. Toda e qualquer atividade médica terá riscos, mas, se a prestação se constitui no intento de dirimir ou extirpar risco já existente, originado por determinada moléstia, acidente, carga genética ou adventos congênitos, não há de se falar, por óbvio, em incremento do risco e, desse modo, deverá ser tomada como obrigação de meio, perscrutando tão somente a diligência empenhada no sentido de combater o risco. Não é o que ocorre com a cirurgia plástica em que, não havendo riscos para a saúde, sua própria atividade representa o *incremento do risco*, e, nesse sentido, deverá submeter-se à regra do referido dispositivo.

### 5.2.3 Risco permitido



É possível afirmar que viver, por si só, já é um risco. O ser humano está sujeito a uma série de interações com o meio ambiente, pelo simples fato de existir. É evidente, portanto, que toda conduta traz consigo riscos inerentes. Os riscos permitidos ou riscos gerais da vida (*erlaubte Risiken o allgemeine Lebensrisiken* da doutrina alemã ou *general life risks no common law*) são aqueles em que a imputabilidade dos danos é inerente à própria existência, aos quais estaria sujeita a vítima, ainda que não existisse o evento danoso.<sup>536</sup>

O risco permitido não se confunde com causas de justificação, pois não infringe dever de cuidado algum, portanto não se choca com a proteção de outros objetos juridicamente tutelados. O comportamento de acordo com um risco permitido é tido dentro da normalidade social, não por conta das circunstâncias em que se configura, mas pela sua própria configuração. Essa solução encontra maior expressão nas condutas culposas, âmbito no qual não há exigência de que se evitem quaisquer efeitos causais, mas prevenção de comportamentos que infrinjam determinados deveres de cuidado.<sup>537</sup>

Desse modo, para que se considere imputável um resultado a uma conduta, não basta que se incremente o risco, mas é necessário que haja uma extrapolação do risco permitido. Não é apenas o acréscimo de fatores de risco que se torna relevante, visto que nas atividades desenvolvidas em sociedade sempre haverá certos riscos. É necessário que o incremento seja desviado dos fatores de risco, permitidos para aquela atividade em concreto. Assim, todo procedimento médico, de uma forma geral, está eivado de certos riscos. Cumpre averiguar se a conduta médica extrapola os riscos permitidos.<sup>538</sup>

TAVARES, ao delimitar os parâmetros do risco permitido, considera que, se o médico cumprir com os deveres que o estado da técnica atual lhe impõe, para a busca da cura da doença, não lhe poderá ser exigido que busque meios alternativos, quando

<sup>536</sup> Cf. LUNA YERGA. La prueba de la responsabilidad médico-sanitaria (2004), p. 377.

<sup>537</sup> JAKOBS. A imputação objetiva no Direito Penal (2000), p. 39.

<sup>538</sup> GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO. Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables (2008), p. 30.

os tradicionais se mostrarem insuficientes.<sup>539</sup> Ainda que esse *plus* seja louvável, não lhe é juridicamente imposto, porque o perigo que jaz sobre a vida do paciente, não se encontra sob seu domínio. O médico atuará dentro do risco permitido, ao se restringir às técnicas tradicionalmente indicadas.

Perceba-se, entretanto, que tal raciocínio trabalha como um desestímulo para o avanço da medicina, para a busca da cura, quando os métodos tradicionais não oferecem perspectivas reais de melhora. Deve-se, portanto, ter em mente que restará justificado o extrapolamento dos limites da conduta ortodoxamente indicada, quando existente o consentimento do lesado ou quando da ponderação entre o risco já existente e um novo risco a ser criado pela própria conduta. Desse modo, salvo disposição contratual em específico, não será exigido do médico o dever de buscar métodos alternativos aos presentes no atual estado da técnica, mas, ao se deparar com a insuficiência dos meios ortodoxos, restará o profissional justificado ao buscar meios alternativos sempre que amparado pelo consentimento do ofendido, ou quando sua conduta não representar um aumento do risco já existente.

#### 5.2.4 Incremento do risco justificado

De outro lado, deve-se tomar em consideração o interesse social da eliminação de risco, de tal modo que mesmo o incremento do risco poderá ser justificado, no momento em que esse é criado para eliminação de outro risco ou propriamente do mesmo, caso se faça em menor proporção do que o risco que se pretende ver eliminado. Quanto maior a utilidade social, maior será o risco justificado. Tal assertiva se revela de grande valia, quando da justificação de atos médicos lesivos praticados no intuito de salvar órgãos de maior importância ou mesmo a vida, como ocorre nas amputações.

Do mesmo modo, em muitos casos, o incremento do risco poderá ser considerado razoável e mesmo lícito, em consideração ao consenso de quem a ele é

---

<sup>539</sup> TAVARES. Teoria do crime culposos (2009), p. 381.

exposto ou da voluntariedade à exposição do mesmo.<sup>540</sup> O grau de risco necessário a um juízo de ilicitude não depende apenas da apreciação da probabilidade de risco ou do interesse protegido, mas será avaliado segundo a utilidade social da conduta e o custo de eliminação do risco já existente.<sup>541</sup>

Desse modo, se dará a imputação objetiva, quando se hajam omitido as medidas de precaução socialmente adequadas que teriam evitado ou diminuído, sensivelmente, as probabilidade de acontecimento do dano. Da mesma forma, não se dará a imputação objetiva, quando a adição de medidas de precaução, isto é, a omissão das condutas devidas, seja justificada pela análise de custo/benefício.<sup>542</sup>

Nessa perspectiva vemos justificada a conduta mais arriscada por um médico, distanciada de métodos profiláticos ortodoxos, no intuito de buscar a cura, que não apresentava grande probabilidade de êxito, quando da utilização dos meios convencionais ou menos arriscados. A ponderação entre o risco de dano já inerente à moléstia, o risco de cura por meio de métodos tradicionais e o risco assumido por meio de condutas alternativas, é que trará à luz o caráter de licitude ou ilicitude do ato. Não basta a consideração do incremento do risco. É imperioso que se tome em conta o risco que, já existente, se pretendia eliminar e as reais probabilidades de êxito de cada alternativa que se abre. Se a conduta ortodoxa, ainda que não apresente risco algum, também não se mostra verdadeiramente eficiente, dentro de uma análise probabilística para eliminar o risco já existente, justificado estará o incremento de risco, quando da existência de consentimento do lesado ou na ponderação entre o risco já existente e um novo risco a ser criado pela própria conduta.

Entretanto, ainda que haja autorização para o incremento do risco, haverá novamente espaço para a responsabilização por eventual resultado danoso, se ultrapassados os limites da própria autorização. Ao exceder os limites do risco autorizado, a conduta representa um perigo desarrazoado ao objeto jurídico tutelado e aumento do risco de produção do resultado indesejado, o que implica dizer que haverá imputação, quando houver um incremento do risco de produção do resultado

---

<sup>540</sup> Trimarchi. *Causalità e danno* (1967), p. 66.

<sup>541</sup> *Idem*, p. 85.

<sup>542</sup> LUNA YERGA. *La prueba de la responsabilidad médico-sanitaria* (2004) p. 399.

danoso, e esse, efetivamente, vier a se verificar. A questão inversa e que necessariamente deve ser enfrentada, a fim de definir os limites (*boundaries*) do risco autorizado, é determinar os casos em que a conduta perigosa, efetivamente, não constitui um aumento do risco desautorizado. Isso se dará nas seguintes hipóteses: a) quando a conduta, na realidade, diminui o risco do resultado; b) quando a conduta não aumentou o risco para o resultado; c) quando, a despeito da conduta arriscada, não houve o resultado danoso consequente; d) quando a conduta arriscada não se inclui no âmbito de proteção da norma.<sup>543</sup> Esta última hipótese passará a ser objeto de análise.

### 5.3 Esfera de proteção da norma

HART e HONORÉ assinalam que a causalidade deve se adequar ao fim de proteção da norma, o qual não pode, entretanto, ser visto apenas como implemento do resultado que se pretende evitar. Assim, por exemplo, no intuito de evitar a morte, prevê consequências civis e criminais, quando se dá causa a este evento. Mas a morte não é um evento isolado. Tratando-se de seres humanos, a morte por certo ocorrerá e, nesse sentido, não haveria, em última instância, qualquer causalidade, no sentido da formulação de que, se não fosse tal ação, o resultado não ocorreria. O que de fato deve ser considerado não é simplesmente a implementação do resultado, mas a forma como esse ocorreu. Suponha-se que determinada pessoa, padecendo de doença letal, tem expectativa de vida de 5 anos, se implementado o tratamento adequado. Não haveria dificuldades de se pensar na condenação de um médico que, tratando-o fora da técnica, acaba por prolongar a vida do paciente em apenas mais dois anos. De outro lado, haverá clara inclinação por isentar da responsabilidade aquele que, tratando-o de maneira extremamente habilidosa, acaba por prolongar sua vida por mais 10 anos. O fim da proteção da norma encontra-se em evitar danos que, dentro da normalidade

---

<sup>543</sup> Cf. Tavares. Teoria do crime culposos (2009), p. 361.

das circunstâncias, não ocorreriam, seja na ótica da expectativa de vida, seja na durabilidade de um objeto.<sup>544</sup>

É necessário que a norma de proteção que fundamenta a responsabilidade do autor, tenha se estatuído precisamente para evitar o nexo causal tal qual o verificado. Em outras palavras, é necessário que a conduta também possa ser considerada como de risco e desaprovada, na direção definida pelo curso causal que tenha conduzido ao resultado.<sup>545</sup>

JAKOBS esclarece que as diversas possibilidades de se relacionarem causas a diferentes resultados poderão levar a diferentes explicações para o mesmo fenômeno. Nesse cosmo constatar-se-ão ações de diversos sujeitos, a possibilidade de regresso a causas anteriores que levaram a tais ações, o próprio comportamento da vítima e os fortuitos e concausas, relevantes ou não. As expectativas impostas aos diferentes comportamentos poderão ser manipuladas, selecionando entre este arsenal um determinado comportamento. Propõe então o conhecido exemplo do motorista que atravessa o sinal vermelho e que, dois quilômetros depois, acaba por atingir um pedestre que cai em frente ao veículo de forma inesperada, impedindo o motorista de frear a tempo. É claro que, se não tivesse ignorado o sinal vermelho, não teria chegado a tempo para o atropelamento. Por sua vez, era-lhe permitido aumentar a velocidade até o limite, após a abertura do sinal, compensando a diferença de tempo. Também é verdade que, se o pedestre, por alguma razão, tivesse tomado mais tempo para atravessar a rua, não tivesse saído de casa ou houvesse parado para amarrar os cadarços, não teria chegado a tempo ou, quiçá, caído em frente ao veículo. As conclusões assim alcançadas são todas de tipo causal. O que para JAKOBS é, de fato, decisivo é a indagação se o resultado se deu no “âmbito de proteção da norma”. No exemplo dado, qualquer acidente com veículos que vinham pelo cruzamento, terá conexão com a violação dos preceitos protetivos da norma. Outras decorrências fora

---

<sup>544</sup> HART; HONORÉ. Causation in the law (1967), pp. 401-402.

<sup>545</sup> FRISCH. Tipo penal e imputación objetiva (1995), p. 109. A respeito disso, observe-se o asseverado no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12/05/2004, Processo: 501/04, Relator Belmiro Andrade: "... A violação do dever objectivo de cuidado conexas com um determinado resultado não implica necessariamente a imputação ao agente do crime negligente respectivo, sob pena de se regressar à teoria da *versari in re illicita*, segundo a qual se o agente praticar um acto proibido, são-lhe imputadas como negligentes todas as consequências que daí advenham."

dessa esfera serão apenas variações em riscos da vida.<sup>546</sup> Desse modo, caso, em decorrência da ultrapassagem do sinal vermelho, o veículo tivesse colidido com outro que cruzava a via com o sinal aberto, haveria imputação, visto que o resultado danoso se deu justamente em face da violação da esfera de proteção da norma. Não é o caso, todavia, do exemplo conferido, em que outra infinidade de fatores colaboraram para que tanto pedestre como veículo se encontrassem naquele local, estando o evento danoso deslocado do escopo de proteção da norma.

Jakobs irá então formular as seguintes conclusões:

“os danos que de modo planificado são evitáveis e que aparecem como consequência de um comportamento não permitido são devidos a esse comportamento não permitido e podem, portanto, ser explicados por meio deste. Os danos que não são evitáveis de modo planificado e que aparecem como consequência de um comportamento não permitido devem-se a uma variação socialmente irrelevante do risco que traz à vida e não podem ser explicados por meio desse comportamento não permitido; podem dever-se a outro comportamento não permitido, ou a uma infração dos deveres de autoproteção da vítima ou, finalmente simplesmente a uma situação desafortunada.”<sup>547</sup>

Alguns autores afirmam que, quando o ilícito consiste na violação de regras postas ao escopo de evitar a criação de um risco infundado, a responsabilidade se estende apenas aos eventos danosos que são realizações do risco, em consideração ao qual a conduta é vedada. Desse modo, se o dano se dá em razão de conduta danosa não relacionada ao risco que a norma pretende evitar, não haveria responsabilidade.<sup>548</sup> A essa posição têm-se rendido muitas críticas, visto que, ainda que por vezes o evento danoso não se mostre como consequência direta do risco que a norma pretendia evitar, o ilícito se verifica como decorrência do processo causal. Não será aplicável, quando circunstâncias excepcionais tenham determinado o agravamento de uma lesão inicial previsível. Veja-se o exemplo de uma rara e grave infecção que determina a morte de quem havia sido ferido de forma insignificante. Ainda que o dano tenha se dado por concausas de baixa probabilidade, não é pensável que tivesse se ocorrido do mesmo modo, não fosse a conduta inicial, da qual constitui o agravamento do dano e sobre o qual o risco era, em hipótese, já suficiente a render a

<sup>546</sup> JAKOBS. A imputação objetiva no Direito Penal (2000), pp. 83-84.

<sup>547</sup> Idem, p. 84.

<sup>548</sup> Trimarchi. Causalità e danno (1967), p. 46.

conduta como culposa. O juízo se dá sobre a relação do risco com a conduta que o cria e o risco de agravamento da lesão inicial não é calculável em relação à conduta, sem ter em conta o fato de que esta cria também o risco de lesão inicial, necessário pressuposto do agravamento.<sup>549</sup>

A crítica não procede. Ao se imputar o resultado agravado como decorrência da primeira conduta, considerando suficiente para tanto a culpa inicialmente constatada, estar-se-á desnaturando o próprio conceito de culpa e aproximando-se a solução de uma verdadeira responsabilidade objetiva. Ora, se o resultado agravado era impossível de ser previsto, não se poderá imputar à conduta culpa por este, e nisso reside o escopo de proteção da norma. Imputar o resultado à culpa inicial é retirar dessa o necessário juízo de previsibilidade, o qual não alcança o resultado agravado. Nesse sentido, ao descaracterizar o próprio conceito de culpa, aproxima-se do modelo objetivo de responsabilidade, onde a culpa se torna irrelevante, bastando o nexo causal e o resultado.

#### **5.4 Deveres derivados e danos secundários**

O problema sempre presente do rompimento do nexo causal é explicado por uma perspectiva distinta na teoria da imputação objetiva. É o caso das lesões que colocam a vítima em situação que proporciona a ocorrência de uma segunda lesão, de autoria do primeiro lesionante ou de um terceiro. A exemplo, cita-se o falecimento de um paciente após a administração de anestesia, para a realização de cirurgia que se fez necessária, em razão de uma lesão anteriormente praticada por procedimento anterior de outro médico. Também é o caso de um sujeito que, acometido de paralisia parcial, em razão de um erro médico, sai, contudo, à rua, apesar de sua invalidez, por necessidade, e sofre queda em razão da neve existente.

Para JAKOBS o primeiro interveniente responderá pelas lesões provocadas pelo segundo, se o médico deveria administrar a anestesia ou se o sujeito parcialmente

---

<sup>549</sup> Idem, p. 48.

inválido deveria sair à rua. O primeiro lesionante responderá pelo desdobramento dos fatos. Não há rompimento do nexo causal.<sup>550</sup>

Aderimos com ressalvas a tal posição. Percebe-se que as causas contributivas posteriores ao evento danoso, presente em ambos os exemplos, não podem ser atribuídas à culpa de um terceiro ou da própria vítima, mas a riscos inerentes à própria condição a que as vítimas foram submetidas, em face do evento anterior.<sup>551</sup> Como os fatos posteriores se enquadram na categoria dos fortuitos, mas guardam relação de dependência com o estado gerado pela primeira conduta, permanecem as raízes de causalidade derivadas do único ato culposos presente na cadeia de eventos.

Por outro lado, uma contínua e infundável imputação a consequências futuras poderá conduzir a possível ocorrência do *bis in idem*. No exemplo conferido do sujeito que adquire paralisia de parte do corpo, por erro médico, será comum à prática judicial que seja o profissional condenado a indenizar o paciente, em montante proporcional ao dano sofrido, incluindo-se, nesse sentido, a perspectiva do decréscimo de sua qualidade de vida, as limitações que sofrerá e, com isso, a projeção de danos derivados. Ademais, da mesma forma como a melhor doutrina não coaduna com um regresso infinito das causas (crítica recebida pela teoria da equivalência dos antecedentes), não poderá conceber, do mesmo modo, um progresso infinito das causas.

Questão mais tormentosa é a de saber se também responde o primeiro interveniente, quando o segundo tenha agido com erros que lhe são propriamente imputáveis. Injusto seria conferir ao primeiro a responsabilidade pelos danos, mas também não se pode ignorar sua responsabilidade pela situação de risco, gerada sob o manto de pequenos erros posteriores que agravaram o resultado. De fato, a situação de risco a que foi submetida a vítima, pelo primeiro interveniente é que confere ao médico a necessidade de solucionar o problema. Mas para que não haja rompimento do nexo causal, é necessário que a conduta do médico não se faça de maneira

---

<sup>550</sup> Op. cit., p. 85.

<sup>551</sup> Diverso será o caso em que o comportamento da vítima colabora com a produção do resultado, quando então haverá culpa concorrente, como na hipótese de alguém que ingressa em área restrita do hospital e acaba ferindo-se com agulha contaminada deixada de forma inadvertida sobre um balcão.



totalmente irracional.<sup>552</sup> Quem lesiona alguém, assume o risco de uma intervenção médica posterior ser mal sucedida, mas não se pode exigir que inclua, em sua planificação, a possibilidade de diagnósticos absurdos ou intervenções com graves erros de técnica, como já se pode oportunidade de assinalar.

Nesse diapasão, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça brasileiro<sup>553</sup> caso em que uma vítima de acidente de trânsito foi submetida a uma cirurgia em que foi esquecida em sua traquéia uma compressa de gaze. Posteriormente, o paciente teve de ser submetido à nova cirurgia, agora de broncofibroscopia, para a retirada do corpo estranho. De forma, a nosso ver, desacertada, entendeu o Tribunal que o causador do acidente deveria responder pelas consequências do acidente, inclusive pela segunda cirurgia. Ora, é certo que a primeira cirurgia é consequência direta e necessária do acidente, pautada por um juízo de adequação e previsibilidade, mas é justamente o erro médico grosseiro, situação que foge às condições de normalidade e expectativa usuais, que deu causa à segunda cirurgia, não podendo ser ao autor do primeiro fato imputada a responsabilidade. O médico executor da primeira cirurgia, este sim, deverá responder exclusivamente pelas consequências de seu ato.

## **5.5 Fator temporal como elemento do juízo de imputação**

Quando da ponderação da alteração dos fatores de risco, também o fator temporal existente entre a ação e a consumação do resultado deve ser considerado. Tome-se o exemplo de um paciente de 80 anos que vem a perder o baço, em razão de uma ruptura provocada por um corte de bisturi, quando da realização de cirurgia para retirada de um tumor no pâncreas. É certo que a perda do baço representa uma diminuição da capacidade imunológica, ainda que pouco expressiva para adultos. Desse modo, se o paciente vem a falecer pouco tempo depois, por causas afetas à insuficiência do sistema imune, a contribuição do erro médico para o resultado estará alocada no âmbito de proteção da norma, vislumbrando-se o nexo de causalidade

---

<sup>552</sup> Cf. JAKOBS. A imputação objetiva no Direito Penal (2000), pp. 85-86.

<sup>553</sup> 4ª T, REsp 326.971/AL, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11. 06. 2002, v. u., DJ 30.09.2002, p. 264.

entre o objeto jurídico tutelado e as consequências que de sua violação se pretendiam evitar, assim como franqueada estará a compreensão do aumento do risco implementado pela conduta.

Todavia, se esse mesmo paciente vem a falecer 15 anos depois, ainda que em razão de uma infecção generalizada, difícil será a imputação do resultado diante da existência de tantos outros fatores de risco associados à idade e acrescidos, ao longo dos anos. O fenômeno de exclusão pode ser explicado por dois diferentes critérios: o da funcionalidade da condição e o da suficiência. Pelo primeiro, se concluirá que o resultado não está mais condicionado em função do primeiro evento, mas sim, por outros fatores. Um resultado só poderá estar vinculado a uma condição, se sua explicação está diretamente relacionada com a alteração de tal condição. Pelo segundo, considera-se que, após as alterações das condições iniciais e acréscimo de outros fatores, não é mais suficiente o primeiro evento para explicar o resultado.<sup>554</sup>

## **5.6 O dever de agir dentro do papel social que ocupa**

Às diversas pessoas que atuam no contexto social se atribuem encargos, de acordo com a posição que ocupam no contexto social. O alvo da imputação objetiva do comportamento, segundo JAKOBS, é imputar desvios a respeito das expectativas que se lançam sobre o portador de um papel, no sentido de um sistema de posições definidas de modo normativo. O olhar se volta às capacidades que se exigem do portador de um papel e não às capacidades de quem atua. No mundo dos fenômenos, o que interessa são os fatos que produzem uma perturbação social e não as meras peculiaridades individuais.<sup>555</sup> Quando o braço de uma criança incha de modo extremo, não será permitido prescindir do conselho de um médico, mas se, conforme o diagnóstico deste, o inchaço é inofensivo, isso implica que, de acordo com o juízo relativo ao desempenho de seu papel, não é necessário adotarem-se ulteriores medidas, pois atua

---

<sup>554</sup> Cf. TAVARES. Teoria do crime culposos (2009), pp. 365-367.

<sup>555</sup> Cf. JAKOBS. op. cit, pp. 19-21.

em contexto distinto ao do leigo. É cada papel que determina o conteúdo dos deveres e não o arsenal das peculiaridades individuais de cada um.<sup>556</sup>

Percebe-se a íntima relação do funcionalismo sistêmico com a concepção da culpabilidade, na medida em que o juízo de reprovabilidade será aquele que indicará os rumos pelos quais a sociedade deve ser orientada em seu proceder. Os limites do injusto serão traçados pelo norte conferido pelo juízo de imputação objetivada, que aponta aquilo que é socialmente reprovado e aquilo que é considerado adequado.

Desse modo, quem se mantém dentro dos limites de seu papel social, não será responsabilizado por um evento danoso, ainda que o pudesse evitar, e esse é mais um fundamento para a tipificação da atividade exercida pelo médico como uma obrigação de meio e não de resultado.

O médico deve buscar a cura do paciente, se esse assim o desejar. Se o paciente rejeita o procedimento, agirá por conta de seu próprio risco. O médico só detém o risco derivado do seu dever de agir ante os conseqüências da enfermidade. Se, por exemplo, o paciente é agredido por um visitante exaltado, não será ao médico exigido evitar o dano, nem ao menos como médico.<sup>557</sup>

De outro lado, ao médico é lícito suspender determinadas prestações que se realizam por meio de aparelhos que conservam a vida do paciente, quando estes já não sejam mais indicados. Isso implica dizer que, em um atuar positivo, ainda que tenha efeitos causais da morte do paciente, o médico se mantém dentro de seu papel. Constitui-se tão somente uma fatalidade do paciente o fato de estar posicionado de maneira a sofrer o dano.<sup>558</sup>

## **5.7     Avaliação crítica dos juízos de imputação objetiva**

---

<sup>556</sup> Idem, pp. 48-52.

<sup>557</sup> Idem, p. 24.

<sup>558</sup> Idem, p. 30.

As críticas que se têm lançado sobre a teoria da imputação objetiva parecem guardar, de fato, certa autoridade no que diz respeito ao processo de imputação penal, quando alertam quanto à possibilidade de exclusão da responsabilidade por outras vias consagradas como a verificação de causas relativamente independentes, visto que o simples rompimento da homogeneidade do encadeamento fático, levando a um resultado incongruente diante da ação inicial, já seria suficiente para se afastar o resultado.<sup>559</sup> Contudo, tratando-se de imputação civil, muito em especial no caso de erro médico, a crítica perde força. Não se trata mais de uma avaliação de causa e consequência quanto a uma ação inicial capaz de produzir certos resultados. Não há o escopo de punir uma ação reprovável. O que se encontra, em verdade, é um risco já existente pela enfermidade e uma ação que busca interromper o curso natural do evento lesivo, já deflagrado pela doença.

De outro lado, a imputação objetiva, ao abandonar a análise do tipo subjetivo (dolo e culpa) e centrar-se na verificação de um modelo objetivado de conduta socialmente reprovável, negligencia importante contribuição conferida pela teoria da causalidade adequada, que esquadrija o nexo de causalidade à luz de elemento inerente ao conceito de culpa, qual seja, a previsibilidade da conduta. De fato, não basta que a conduta seja socialmente reprovável (aos moldes do funcionalismo sistêmico de Jakobs), é necessário que o resultado danoso seja previsível, ainda que não tenha sido previsto no caso concreto. É justamente a previsibilidade das consequências que irá conferir o caráter de injusto necessário para o juízo de imputação. A relevante contribuição conferida pelo modelo objetivado de imputação deve servir para delimitar os critérios externos de valoração da ação finalista, sem que, contudo, lhe retire a perspectiva ontológica da conduta, orientada para a consecução de determinado fim, ainda que se implemente resultado diverso.<sup>560</sup>

---

<sup>559</sup> Cf. PEDROSO. Nexos causal, imputação objetiva e tipicidade conglobante (2001), p. 480.

<sup>560</sup> No Direito Penal, a exclusão do elemento subjetivo do tipo no nexo de imputação (previsibilidade da conduta como característica fundamental para o conceito de culpa) transportará sua análise para o momento de verificação da culpabilidade. Tal trajetória terá como repercussão que a conduta será típica, mas não culpável. Ainda que, fora do campo técnico, não se encontrem nisso efeitos práticos para a punição do réu, haverá para os partícipes. Não há participação em conduta atípica, mas há para aquela típica, mas não culpável, visto que a análise da culpabilidade é pessoal e individualizada.

Se a doença já apresenta o risco de morte ou outra complicação à qualidade de vida do paciente, o que deve ser ponderado, por meio de um juízo prognóstico retrospectivo, sem abandono dos elementos da teoria da causalidade adequada, é se a conduta médica apresentava maior potencial de diminuição do risco do que de incremento, seja tal risco o já existente pela doença ou outro qualquer que pudesse vir a surgir. A intervenção médica, via de regra, apresenta riscos. É possível que a conduta médica abrevie a vida do paciente, prolongue, ou ao menos tenha reflexos positivos ou negativos na qualidade de vida do paciente. Não basta que se realize um juízo *a posteriori* que possa constatar o acerto da decisão médica. Importa que, por meio de um juízo retrospectivo, se faça a análise, de acordo com os dados conhecidos à época e com o estado da técnica, do potencial de incremento e de diminuição de risco que havia em um juízo prognóstico.

Também se deve apontar que a desvalorização do elemento subjetivo do tipo revela seu desserviço não apenas no que concerne à verificação da previsibilidade do resultado, mas também quanto aos fins visados pelo agente. É certo que a conduta culposa não é intencional, mas os fins almejados assumem especial relevância, pois diferenciam condutas objetivamente idênticas, quando dotadas de intencionalidades distintas e do mesmo modo diferenciadas, quando da avaliação da reprovabilidade da conduta. Considerem-se duas situações: na primeira, o médico A utiliza-se de técnica não ortodoxa, a fim de buscar a cura de seu paciente, quando os meios tradicionais não mais ofereciam boas chances de resultado. O paciente, entretanto, devido à administração do tratamento, vai a óbito. Na segunda situação, o médico B utiliza-se da mesma técnica não ortodoxa e também leva o paciente a óbito, mas agora, resta motivado por experiências meramente acadêmicas, sem o verdadeiro intuito de obter a cura. É claro que ambas as situações, ainda que objetivamente idênticas, não poderão receber o mesmo tratamento, sem que se confira destaque ao elemento volitivo da ação, sob pena de contrariar os próprios fundamentos da concepção do papel social, conexos aos valores consagrados pela sociedade e à verificação da existência ou não de reprovabilidade da conduta, segundo elemento da culpa.

Tem-se objetado também a dificuldade de se averiguar se o comportamento alternativo dado como correto teria ou não evitado ou minorado o resultado. É claro

que a análise, mais uma vez, é probabilística, mas qual seria a probabilidade adequada para justificar uma condenação? A essa indagação, responde García-Ripoll Montijano<sup>561</sup>:

“A nuestro entender, las dificultades prácticas no eliminan la validez del examen del nivel de probabilidad, cuando existan estudios estadísticos, como son tan frecuentes en los tratamientos médicos. Si faltan estudios estadísticos, la cuestión, efectivamente, se complica, pero tampoco es imposible de solucionar. Por último, no hay que olvidar que el juez realiza continuamente cálculos estadísticos acudiendo al sentido común, cuando determina que una conducta es negligente. El juez valora, dados los datos “A”, “B”, y “C”, y desconociendo “X”, “Y” y “Z”, cuál era la probabilidad de que se produjera el resultado “R” y luego compara esa probabilidad con la importancia del bien jurídico protegido. Es decir, la probabilidad *ex ante* de que se produzca un determinado grado de probabilidad, y se considera ilícita a partir de ahí. Pero el juez no dispone normalmente de estudios estadísticos al respecto, a pesar de lo cual tiñe que decidir. Y tampoco hay una regla exacta que señale a partir de que porcentaje de probabilidades la conducta no es admisible.”

No início deste capítulo adiantou-se que a aplicação da teoria da imputação objetiva revela grande contribuição, quando da verificação do nexo de causalidade na responsabilidade civil médica. Foi dito que a dificuldade em se configurar a culpa “maliciosa”, necessária para uma condenação penal que visa à punição da conduta, não existirá na esfera civil, em que o objetivo da imputação é tão somente para reparação dos prejuízos causados. Nesse sentido, a inobservância do critério normativo (no caso, da *lex artis*), é suficiente para ensejar imputação de culpa, desde que guarde relação de causalidade com o escopo de proteção da norma e o incremento do risco. É necessário, portanto, que, além da inobservância dos deveres de cuidado, o resultado danoso esteja dentro do liame de causalidade conexo à infração. A norma oferece proteção exclusivamente diante de um círculo delimitado de possíveis cursos causais, de maneira que sua vulneração suporá um risco desaprovado se, e apenas se, comporta um dos cursos causais circunscritos; não se estenderá, de outro lado, em relação com aqueles cursos causais, cujo desenrolar não poderia ser evitado mediante a observância da norma.<sup>562</sup>

<sup>561</sup> GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO. Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables (2008), p. 199.

<sup>562</sup> FRISCH. Tipo penal e imputación objetiva (1995), p. 111.

Feitas as devidas ressalvas e resguardada a verificação dos elementos estruturantes da culpa (previsibilidade do resultado e reprovabilidade da conduta) e as valiosas contribuições conferidas pela teoria da causalidade adequada, pode-se brindar os aportes inseridos pelas teorias da imputação objetiva. Após os estudos de sua estrutura, em especial no que concerne à ponderação dos riscos, percebe-se que revela sua utilidade não apenas para a imputação do nexo de causalidade na responsabilidade médica, mas também para as peculiaridades inerentes à distribuição do ônus da prova. É inegável que o paciente sucumbe em grande dificuldade probatória, visto não ser o detentor da técnica. Na adoção dos parâmetros propostos pela imputação objetiva, bastará ao paciente realizar a prova da existência do incremento do risco.

Ainda, nos casos em que reste comprovada a infração da *lex artis*, com seguido agravamento da condição do paciente, sem que, contudo, se possa determinar com precisão se este se deu em razão do tratamento médico, defende NORONHA que o simples fato de ter criado um “risco injustificado”, “um estado de perigo”, é suficiente para que seja atribuída responsabilidade.<sup>563</sup> Para fins de atribuição do ônus da prova, considera-se a afirmação acertada. Ao médico caberá provar que o tratamento inadequado não contribuiu para o agravamento e que este deriva de causa independente de seu erro.

## **5.8 Causalidade hipotética/virtual**

### **5.8.1 Contextualização**

Questão tormentosa ao juízo de imputação é a existência de eventos distintos, em momentos subsequentes, ambos capazes de gerar o mesmo dano, tendo, entretanto, sido suficiente o primeiro que se implementou. O segundo evento, por sua vez, apesar de não verificado, é concebido como capaz da produção do mesmo resultado, caso o primeiro evento não tivesse ocorrido. Ambos os fatos possuem o potencial de incrementar o risco e levar ao mesmo resultado, mas apenas um foi, de

---

<sup>563</sup> NORONHA. Direito das Obrigações (2007), p. 608.

fato, a causa do dano. É possível que a causa real tenha interrompido o processo da causa hipotética (também chamada de causa virtual), que já se encontrava em curso (causalidade interrompida) ou mesmo que a causa real nem mesmo permita o início do evento hipotético, pois acaba antecipando o resultado que a causa hipotética, por certo, também causaria (causalidade antecipada). O certo é que a causa hipotética levaria ao mesmo resultado e só não o fez, pela implementação da causa real.

Tais situações têm levado a tormentosas discussões na doutrina norte-americana, visto que colocam em cheque aquilo que por muito tempo se concebeu como o mais simples e preciso teste de averiguação da responsabilidade, chamado de “*but for test*” (se não fosse por isso...), que nada mais é do que uma formulação da teoria da equivalência dos antecedentes causais. Não bastará dizer-se que o fato em questão foi a causa do evento danoso; perquirindo-se se a exclusão de determinada conduta, excluiria também o resultado. Quando presente a causa virtual, ainda que o fato consumativo do dano não houvesse ocorrido, outra ação teria dado causa.<sup>564</sup>

Nos casos em que a causa hipotética já teve início em seu curso, mas é interrompida pelo advento da causa real (causalidade interrompida), deve o autor da causa virtual ser responsabilizado pelo dano que hipoteticamente teria causado? Em outras palavras, há de se conferir relevância positiva à causa virtual? Assim, tome-se o exemplo de um médico que receita medicação capaz de causar má formação do feto, para mulher que estava grávida, sem a inquirir de seu estado ou adverti-la nesse sentido. Contudo, antes que a má formação se implementasse, a paciente sofre um acidente e acaba abortando. Deverá o profissional responder pelo potencial dano ao feto que não se implementou?

No sistema dos danos punitivos (*punitive damages*), há de fato a possibilidade de se conferir relevância positiva à causa virtual, de forma a punir aquele que teria causado o dano, não fosse a interrupção do nexo causal pela causa real. O mesmo não ocorre na tradição civilista, em que não se há de conceber a responsabilidade, sem a existência de um dano consequente de uma ação. Se a

---

<sup>564</sup> WRIGTH. Causation in tort law (1985), pp. 1775-1780.



conduta não se fez suficiente causa para o evento danoso, não há de se falar em condenação com propósitos punitivos.<sup>565</sup>

De fato, a lição do sistema do *commom law* é tentadora e parece trazer resposta a certas incoerências. Devemos considerar a injustiça do autor de uma causa interrompida não responder pela sua ação que só não levou ao resultado danoso, em razão de novo evento ter dado causa ao resultado, visto que isso de nada retira a desvalia de seu ato. Poder-se-á se dizer que a solução é injusta também, porque dá vazão a tratamentos distintos a ações idênticas. Imagine-se que os médicos A e B, de forma negligente, acabam em suas atuações lesionando gravemente C e D, respectivamente, sendo ambas a lesões aptas a levar à morte. Entretanto, momentos

---

<sup>565</sup> Em diversos dispositivos, todavia, tanto o Código Civil brasileiro como o português, conferem relevância negativa à causa virtual, permitindo que, provado que o evento danoso se daria de qualquer modo, mesmo sem a ação do causador (causa real), seja este isento da responsabilidade. O Art. 399 do Código Civil brasileiro de 2002 (correspondente art. 957 do Código Civil de 1916), dirá que “O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, ainda que essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, mas pode exonerar-se se conseguir comprovar que o dano sobreviria, mesmo que a obrigação fosse oportunamente desempenhada.” No mesmo sentido, dispõe o Código Civil português: art. 807 1: “pelo facto de estar em mora, o devedor torna-se responsável pelo prejuízo que o credor tiver em consequência da perda ou deterioração daquilo que deveria entregar, mesmo que estes factos lhe não sejam imputáveis. 2 Fica porém, salva ao devedor a possibilidade de provar que o credor teria sofrido igualmente os danos se a obrigação tivesse sido cumprida em tempo”. Também o Art. 1218 do Código Civil brasileiro de 2002 (art. 515 do Código Civil de 1916) dispõe que “O possuidor de má-fé responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante”. Em sentido semelhante, prevê o Código Civil português: “art. 616, n. 2: o adquirente de má fé é responsável pelo valor dos bens que tenha alienado, bem como dos que tenham perecido ou se hajam deteriorado por caso fortuito, salvo se provar que a perda ou deterioração e teriam igualmente verificado no caso de os bens se encontrarem no poder do devedor”. O Código Civil brasileiro ainda prevê em seu Art. 667, §1º (artigo 1300, §1º, do Código Civil de 1916), que “o mandatário que substabeleceu sem o consentimento do mandante se exima de indenizar o prejuízo decorrente do caso fortuito ocorrido sob a gerência do substituto, provando que o dano teria sobrevivendo, ainda que não tivesse substabelecido.” Também no Art. 862 (art. 1332 do Código Civil de 1916), que “se a gestão foi iniciada ou contra a vontade manifesta ou presumível do interessado, responderá o gestor até pelos casos fortuitos, não provando que teriam sobrevivendo, ainda quando se houvesse absterido.” No Código Civil lusitano, podem-se ainda encontrar os seguintes dispositivos: “491. As pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiros, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido.”; “Artigo 492, 1. O proprietário ou possuidor de edifício ou outra obra que ruir, no todo ou em parte, por vício de construção ou defeito de conservação, responde pelos danos causados, salvo se provar que não houve culpa da sua parte ou que, mesmo com diligência devida, se não teriam evitado os danos”; “Art. 493, 1. Quem tiver em seu poder coisa móvel ou imóvel, com dever de vigiar, e bem assim quem tiver assumido o encargo da vigilância de quaisquer animais, responde pelos danos que a coisa ou os animais causarem, salvo se provarem que nenhuma culpa houve de sua parte ou que os danos teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua.”; “Art. 1136, 1. Quando, porém, o comodatário a tiver aplicado a fim diverso daquele a que a coisa se destina, ou tiver consentido que terceiro a use sem para isso estar autorizado, será responsável pela perda ou deterioração, salvo provando que ela teria igualmente ocorrido sem a sua conduta ilegal.”

antes da consumação da morte de D, o mesmo é atingido por um raio e vem a falecer em razão da descarga elétrica. Imagine-se, ainda, que a casa de C foi atingida por um raio que, incendiando-a, teria levado C à morte, não fosse esta ter se dado já minutos antes, em razão do erro médico de A. Seria justo responsabilizar A pela morte de C e isentar B da responsabilidade da morte de D, quando ambas as ações possuem o mesmo conteúdo de reprovabilidade? A isso remete-se o brocardo *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito).

De outro lado, quando a causa real antecipa o evento danoso que também teria sido provocado por uma causa hipotética (causalidade antecipada), questiona-se se o autor da causa operante poderá invocar a causa virtual para se liberar, no todo ou em parte, da sua obrigação de indenizar. Em outras palavras, há de se conferir relevância negativa à causa virtual? Pense-se no caso de um ortopedista que, realizando o procedimento de maneira imperita, acaba levando o paciente a óbito. Constata-se, entretanto, que a quantidade de certa droga ministrada pelo anestesista, culminaria na morte do paciente, de qualquer forma, posteriormente. Quem deverá responder? O ortopedista, o anestesista ou, quiçá, ambos?

Observe-se a exemplo o clássico caso da jurisprudência norte-americana, *Dillon v. Twin State Gas & Electric*.<sup>566</sup>, em que um garoto em pé, no batente de uma ponte, veio a perder o equilíbrio e despencar de grande altura em direção das rochas abaixo. Contudo, antes de atingir o chão, foi pego pelos cabos de eletricidade do réu, que foram considerados imprudentemente alocados. A Suprema corte de New Hampshire entendeu que a queda ocasionaria a morte ou no mínimo sérias lesões, o que deveria ser considerado, não para isentar a responsabilidade da ré, mas para o montante indenizatório. Diferente, todavia, seria a mesma situação, se o construtor da ponte pudesse ser imputado como responsável pela queda em si, verificando-se existência de culpa deste.<sup>567</sup>

Na perspectiva do Direito anglo-saxão, em que a simples conduta imprudente de instalação indevida da rede elétrica é suficiente para ensejar o dever de indenizar,

---

<sup>566</sup> N.H. 449, 163 A. 111 (1932).

<sup>567</sup> WAGNER. Successive causes and the quantum of damages in personal injury cases. In: 10 Osgoode Hall L. J. 369 (1972), p 380

em face da necessidade de punir a conduta (*punitive damages*), a provável morte da vítima pela simples queda é considerada apenas para a redução do valor indenizatório, sem se conferir à causa virtual força suficiente para excluir a responsabilidade. Percebe-se que no sistema do *punitive damages* haverá relevância positiva da causa virtual, mas não negativa. O objetivo será sempre punir condutas evitadas de reprovabilidade social.

A discussão quanto à relevância da causa virtual existirá, quando presentes quatro pressupostos que devem ser identificados: 1) a causa real do dano não poderá ser um caso fortuito ou força maior; 2) correlação com dano efetivamente provocado pela causa real que deve ser suficiente para causar o resultado; 3) a causa virtual não pode ter contribuído para o resultado; e, 4) que se comprove que o dano teria, do mesmo modo, se implementado pela causa virtual não fosse a implementação da real.<sup>568</sup>

O problema da causa virtual abala, desse modo, os fundamentos da teoria da *conditio sine qua non*. Ainda que, na tentativa de conciliação, se afirme haver causalidade, quando o resultado se produz em um momento anterior àquele em que teria de qualquer modo ocorrido, se não fosse a ação do sujeito, como faz ALBERTO DÍAZ, o problema permanece sem explicação. Exemplifica o autor que, em caso de óbito de paciente por aplicação de alta dose de morfina, haverá responsabilidade, mesmo que se comprove que o paciente morreria um minuto depois, em razão da moléstia que padecia.<sup>569</sup> Ora, é evidente a existência do nexo causal e a isso não é possível oposição. Mas, de outro lado, não será correto afirmar que “se não fosse pela aplicação da morfina, o paciente não teria falecido”, como é a construção do silogismo da teoria.

### 5.8.2 Teoria da diferença de valores (*Differenztheorie*)

Embora a maioria da doutrina negue a relevância da causa hipotética, crescente tem sido o número daqueles que defendem o necessário impacto no montante indenizatório. Ainda que a causa hipotética não tenha o condão de excluir o

<sup>568</sup> Cf. SAMPAIO DA CRUZ. O problema do nexo causal na responsabilidade civil (2005), p. 349.

<sup>569</sup> ALBERTO DÍAZ. Responsabilidade Coletiva (1998), p. 61.

nexo de causalidade, é necessário que se verifique a diferença entre o valor do bem lesado, no momento da consumação do dano, e aquele que, de qualquer modo, teria, não fosse a causa direta que de fato produziu o resultado. A teoria da diferença de valores de origem germânica (*differenztheorie*) impõe o confronto da situação patrimonial efetiva e daquela hipotética.<sup>570</sup>

PEREIRA COELHO, citando exemplo de HECK, realiza curiosa manobra jurídica. Imagine-se um cão que, envenenado por um terceiro, é, em seguida, morto por tiros de um caçador. Tomando-se a diminuição do patrimônio como critério de aferição do dano, o que se verificará, ao final, é a responsabilização daquele que envenenou o animal, pois nenhum valor mais tinha, uma vez envenenado e sujeito à morte, quando foi alvejado pelo caçador. A efetiva diminuição patrimonial foi causada pelo agente ministrador do veneno.<sup>571</sup> Conclui COELHO que a responsabilidade deverá ser averiguada, de acordo com a efetiva diminuição do patrimônio no momento da série causal interrompida, independentemente do seu seguro curso ulterior. Essa fórmula também poderá ser aplicada à perda de uma vida humana, pois, se a morte já era certa em razão da causa hipotética interrompida, a ação que se seguiu em nada incrementou o resultado (restando apenas o abreviamento do tempo de vida e eventual maior dano moral sofrido pela família da vítima) que, apesar de futuro, era certo.<sup>572</sup>

A mesma solução defende SAVATIER, inclusive tratando-se de vida humana. Para o autor, se a vítima de acidente fatal padecia de doença, também fatal, o que deve ser indenizado não é a retirada da vida, mas seu abreviamento, tomando-se em conta a projeção de sua expectativa de vida.<sup>573</sup>

No mesmo diapasão, ilustra COELHO que, se B sofre um dano de A, mas que C igualmente o haveria causado, deverá A, em princípio, indenizar B na mesma medida do prejuízo sofrido. Contudo, se averiguado que B receberia valor menor do que aquele, justamente porque no momento da lesão de C o objeto lesado teria outro valor, A deverá ser condenado a pagar tão somente o quanto C pagaria. De forma

<sup>570</sup> Trimarchi. Causalità e danno (1967), p. 174.

<sup>571</sup> COELHO. O problema da causa virtual na responsabilidade civil (1998), pp. 48-50.

<sup>572</sup> Idem, pp. 50-51.

<sup>573</sup> SAVATIER. Traité de la responsabilité civile, t. II (1951), p. 8.

sinéctica assevera que “A deve colocar B na situação hipotética em que ele se encontraria, no momento do cálculo do dano, se o seu facto não tivesse sido praticado”.<sup>574</sup>

Também nesse sentido caminha PONTES DE MIRANDA, indicando que o valor material ou objetivo que se possa conferir ao bem, poderá, no caso concreto, ser superior ao interesse do proprietário (valor que é conferido pelo próprio lesado).<sup>575</sup> Tome-se o exemplo de uma paciente que acaba sofrendo lesões graves em suas glândulas mamárias, obrigando-a à cirurgia de mamoplastia, para retirada da mama e substituição por prótese de silicone. Ora, poder-se-á argumentar que o dano se constitui na necessária alteração estética e conjuntiva, que terá implicações não só psicológicas como também na impossibilidade de amamentar um futuro filho. Contudo, averigua-se que a paciente já demonstrava interesse em substituir a mama por prótese, no intuito de evitar o câncer de mama, não nutrindo mais intenção de ter outros filhos (o que poderá ser comprovado por diversos meios, como cirurgia de mamoplastia já agendada e ligadura de trompas já realizada). Nesse caso, impera considerar que o dano infringido é de menor gravidade, visto que as expectativas do sujeito lesado não foram, em verdade, frustradas, mas que, no máximo, teve seus planos apressados e de forma, a se pesar, traumática.

NIEDERLÄNDER, posicionando-se contrariamente à consideração da causa hipotética, argumenta que o proprietário do objeto jurídico terá sempre o risco do crédito de uma futura indenização por um ato ilícito, mas não deve suportar também o risco da perda hipotética da coisa. Acrescenta que a não verificação de um dano, ainda que certo diante da causa hipotética e só inexistente em razão de fato posterior, não atribuível ao virtual causador de um dano, não poderá dar ensejo à responsabilidade.

---

<sup>574</sup> COELHO, op. cit., p. 101.

<sup>575</sup> Exemplifica o autor: “Se A é dono de prédio, com edifício, que vale cinco milhões de cruzeiros, mas vai demolí-lo para no terreno construir casa de apartamentos, o valor – para A – é o do terreno (digamos: três milhões de cruzeiros), *mais* o material da demolição (digamos: trezentos mil cruzeiros). Se sobrevém incêndio, pelo qual responde B, pode B fazer a prova de que A já havia pedido às autoridades municipais a licença para a nova construção e contratado com a empresa demolidora a demolição. Em todo caso, o proprietário pode alegar e provar que mudara de vontade, tanto que, por exemplo, pré-contratara o aluguer do prédio, após reparação, ou alugara como se o seu valor fora de cinco milhões de cruzeiros ou mais. Entenda-se que somente prestando o valor conforme a atitude do proprietário tem o ofensor de prestar, a mais, as despesas já feitas pelo proprietário para a reedificação, se ficam sacrificadas, e o que ele sofrer de lucros cessantes pelo atraso das obras” (MIRANDA. Tratado de Direito Privado, v. 22 [1958], p. 210).

Nesse sentido, toma o caso de um motorista imprudente que não poderá ser responsabilizado, por pior que seja sua ação, por um atropelamento que não ocorreu, graças a uma intervenção de um terceiro. COELHO, em resposta a tais colocações, aponta a possível incoerência em desconsiderar a causa hipotética para fins de quantificação do valor indenizatório e, ao mesmo tempo, permitir que o proprietário exija o maior valor da coisa em caso de futura valorização hipotética, além da indenização do lucro que teria tido com ela, do mesmo modo hipotético (lucros cessantes). Se se toma em consideração o curso hipotético das coisas, *favorável* ao lesado, o curso hipotético *desfavorável* deve ser igualmente levado em conta. Rebate ainda, dizendo que não discorda que a causa hipotética não possa ser considerada para a definição de um nexo causal hipotético. De fato ninguém deverá ser responsabilizado por um dano que não existiu. Contudo, havendo o dano, deverá a causa hipotética ser tomada em conta para o cálculo da indenização.<sup>576</sup>

Com efeito, não se pode ignorar que o valor da indenização resulta da diferença entre duas situações patrimoniais do lesado: aquela do *momento* do cálculo do dano e a situação hipotética do seu patrimônio, caso não existente a conduta real que obriga a reparar, também no *momento* do cálculo do dano.<sup>577</sup> Desconsiderar tal argumento, levaria ao cálculo sobre um valor que o bem lesado de fato não teria naquele momento, proporcionando enriquecimento ilícito à parte lesada.

WAGNER relata que o entendimento que se tem consolidado nos países da *commom law* é de que se deverá manter a responsabilidade; contudo haverá controvérsia quanto à possibilidade de diminuição do montante indenizatório.<sup>578</sup>

Acrescenta NEUNER que importa também considerar as diferentes consequências dos danos diretos e dos indiretos, pois estes últimos, mais cedo ou mais tarde, se configurariam como consequência natural. Como exemplo de danos indiretos apresentam-se as despesas de funeral, que um dia se configurariam. LARENZ, que aceita

<sup>576</sup> In COELHO. O problema da causa virtual na responsabilidade civil (1998), pp. 116-119.

<sup>577</sup> COELHO. O problema da causa virtual na responsabilidade civil (1998), p. 126.

<sup>578</sup> WAGNER. Successive causes and the quantum of damages in personal injury cases. In: 10 Osgoode Hall L. J. 369 (1972), p. 382-395.

o pensamento de NEUNER, considera como danos diretos, nos casos de lesão corporal, as despesas de tratamento e o dano moral sofrido pela vítima.<sup>579</sup>

### 5.8.3 Relevância da causa hipotética

O artigo 562 do Código Civil português parece dar abertura à teoria da diferença patrimonial, ao asseverar: “Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.” Observe-se que o valor do objeto danificado será medido de acordo com aquele que teria, por certo, não fosse a ocorrência do dano, o que significa dizer que, se o dano ocorreria de qualquer modo, não haverá o que indenizar ou, se algum dano ocorreria, esse deverá ser tomado em consideração. Para GALVÃO TELLES, a premissa é lapidada pelo art. 566, n. 2, na medida em que explicita a diferença nos danos causados de fato pelo lesante. “Sem prejuízo do preceituado noutras disposições, a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos.” De onde se segue que a diferença que a lei manda ter em conta não deixa de existir, ainda quando seja certo que, mesmo sem o evento lesivo, danos equivalentes se produziram.<sup>580</sup>

JACOBS, de outro lado, irá conferir relevância negativa à causa virtual. Acentua o autor que, como regra, as garantias normativas sempre se mantêm e não devem ser desconsideradas sob o argumento de que seriam infringidas de qualquer modo, pois com base nessas garantias é que todo sujeito deve orientar-se. Nenhum comportamento desaprovado ou que infringe um dever de autoproteção deve definir-se como inofensivo, simplesmente porque o dano se produziria por causa de outro comportamento não permitido ou contrário a um dever de autoproteção. A situação, porém, será outra, quando o procedimento a ser adotado previamente não teria dado resultados positivos. O autor cita o exemplo de um dentista que deixa de encaminhar o

---

<sup>579</sup> NJW, ano 1950, p. 493, apud COELHO. O problema da causa virtual na responsabilidade civil (1998), p. 142-145.

<sup>580</sup> TELLES. Direito das Obrigações (1997), p. 419.

paciente ao médico anestesista, antes de aplicar uma anestesia geral no paciente, como deveria ter feito, mas depois comprova que, mesmo que houvesse assim procedido, aquele não teria também detectado a incompatibilidade. Trata-se de um procedimento que, adotado anteriormente, fracassaria, e seria inútil, atualmente. Não é o caso, segundo o autor, de um “fracasso hipotético”, mas de uma “situação atual desafortunada”. Ante um eventual fracasso humano, a garantia normativa existente permite orientar-se de maneira contrafática. De outro lado, no campo fático, só cabe orientar-se de forma cognitiva, o que significa dizer que nem o maior dos cuidados teria evitado o resultado.<sup>581</sup>

Caminhando no mesmo sentido, assevera TEIXEIRA DE SOUSA que, ainda que o médico tenha agido com negligência, o nexo de causalidade não se estabelece quanto a “danos ou consequências que provavelmente se teriam verificado, mesmo que tivessem sido observados os cuidados exigíveis.”<sup>582</sup> Nesses casos, segundo AGOSTINHO ALVIM, não há de se falar em nexo de causalidade, mesmo que se verifique a culpa do devedor, visto que o dano sobreviria de qualquer modo.<sup>583</sup>

Não é esse, todavia, o pensamento da majoritária doutrina portuguesa que muito desenvolveu sobre o tema. Como assinala GALVÃO TELLES, se presentes uma causa real e uma virtual, por coerência à solução de que não se poderá conferir relevância positiva à causa virtual, punindo quem efetivamente não causou o dano, não se há de isentar quem de fato o causou. No conflito de interesses entre quem efetivamente produziu o dano e quem só hipoteticamente o teria causado, haverá de se sacrificar o primeiro. Nem mesmo se considerado o caso fortuito como formador da causa virtual, não se há de isentar o causador real.<sup>584</sup> Para o autor, o argumento da “teoria da diferença”, que toma como referência para o quantum debeat o valor que teria o objeto no momento da lesão, considerando que o dano teria de qualquer modo ocorrido, não pode ter guarida, visto que é pura concepção lógica, que não deve prevalecer “às exigências da justiça e às realidades da lei”.<sup>585</sup>

<sup>581</sup> Cf. JAKOBS. A imputação objetiva no Direito Penal (2000), pp. 83-84.

<sup>582</sup> SOUSA. Sobre o ônus da prova nas acções de responsabilidade civil médica (1996), p. 143.

<sup>583</sup> ALVIM. Da inexecução das obrigações e suas consequências (1980), p. 341.

<sup>584</sup> TELLES. Direito das Obrigações (1997), pp. 416-418.

<sup>585</sup> Idem, p. 419.



PESSOA JORGE, todavia, caminha na contramão quanto ao segundo ponto, defendendo que a função reparatória é o próprio fundamento da responsabilidade civil, razão pela qual não se deve ignorar a teoria da diferença, que busca preservar o justo parâmetro reparatório pelo valor a ser indenizado.<sup>586</sup>

MENEZES LEITÃO ressalta que a posição de PESSOA JORGE restou isolada na doutrina, que se orienta pela irrelevância negativa da causa virtual, em face das funções preventiva e punitiva perseguidas pela responsabilidade civil. O autor defende que a imputação do evento danoso ao agente não poderá deixar de existir. As situações albergadas pela lei de exclusão da responsabilidade pela causa virtual devem ser lidas restritivamente, como causa suplementar de exclusão da responsabilidade.<sup>587</sup>

ANTUNES VARELA, posicionando-se ao lado da doutrina dominante, entende que a causa virtual não exonera o lesante da obrigação de indenizar, salvo as exceções legais. Contudo, considera a necessidade de se tomar em conta a causa virtual para o cálculo do lucro cessante ou mesmo na indenização fixada em forma de renda.<sup>588</sup>

Em consonância, como expoente do Direito Italiano, TRIMARCHI acentua que ao menos para os lucros cessantes não se poderá negar relevância à causa hipotética, tendo em vista que o próprio lucro cessante é hipotético, fundado em um mero juízo de probabilidade. Nesse sentido, ressalta que tal compreensão tem fortalecido os defensores da relevância, visto que, se não é possível negar relevância para os lucros cessantes, por questões de coerência, necessária se faria a extensão também aos danos emergentes.<sup>589</sup>

A grande contribuição do professor da universidade de Genova encontra-se em ter enfrentado o problema da causalidade hipotética à luz dos preceitos da imputação objetiva. A causa hipotética, ainda que majoritariamente seja considerada incapaz de excluir o nexo de causalidade, para TRIMARCHI, poderá, por vezes, excluir a antijuridicidade (entendida aqui no sentido de ilicitude), quando provada a inexistência de incremento do risco. Para tanto, confere o seguinte exemplo: um farmacêutico vende medicamento sem a devida prescrição médica e a criança, à qual o remédio foi

---

<sup>586</sup> JORGE. Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil (1995), pp. 417-418.

<sup>587</sup> LEITÃO. Direito das obrigações (2005), pp. 328-329.

<sup>588</sup> VARELA. Das obrigações em geral (1999), p. 936.

<sup>589</sup> TRIMARCHI. Causalità e danno (1967), p. 170.

ministrado, acaba por falecer. O farmacêutico então se defende, alegando que, caso o médico houvesse sido consultado, teria prescrito do mesmo modo a medicação, por ser procedimento indicado em tais casos, o que levou ao óbito em razão de condições peculiares e imprevisíveis do paciente. Assim, se o farmacêutico houvesse respeitado a regra que impõe a exigência de receita médica, o resultado teria sido o mesmo. O argumento demonstra que, diante das circunstâncias do caso e do estado da ciência, a ministração de tal medicamento não era antijurídica e a omissão do dever de conduta é irrelevante, se no caso concreto, o mesmo comportamento material se teria dado, se o controle que a norma exigia, tivesse sido garantido.<sup>590</sup>

No Brasil, SAMPAIO DA CRUZ dirá que nas hipóteses em que a causa real e a virtual sejam fatos imputados a sujeitos distintos, se o agente da causa real puder invocar a causa virtual para se eximir da responsabilidade, por certo, também não será possível a responsabilização do agente da causa virtual, visto a inexistência de nexo causal. Admitir a relevância negativa da causa virtual, como regra geral, implicaria deixar a vítima sem ressarcimento, quando poderia pleitear indenização do agente da causa real. Também quando a causa virtual se tratar de um evento fortuito, conferir relevância negativa a esta, deixaria a vítima sem qualquer reparação.<sup>591</sup>

## 5.9 Causalidade hipotética e incremento do risco

O problema da causa hipotética, no contexto da responsabilidade médica, não poderá, todavia, ser enfrentado apenas na perspectiva causal. Isso representaria renegar outros elementos que, ante as particularidades existentes, assumem especial relevância. É certo que, de um modo geral, conferir relevância negativa à causa hipotética acabará por excluir a vítima de indenização ou punir aquele que sequer causou o resultado (autor da causa virtual). Ocorre que, no desenvolvimento da atividade médica, a causa virtual se apresenta, na maioria dos casos, como a própria enfermidade. Em outras palavras, o paciente já se encontra ante o risco de morte ou das consequências indesejadas da doença. A conduta do profissional terá o condão de

---

<sup>590</sup> Idem, p. 192.

<sup>591</sup> CRUZ. O problema do nexo causal na responsabilidade civil (2005), pp. 249-250.

eliminar tal risco, diminuí-lo ou mesmo incrementá-lo. É nessa perspectiva que se deve enfrentar o problema.

Já se tem dito que a idéia da estrita obediência à *lex artis* e o crescente aumento de processos judiciais têm servido como fomento ao estabelecimento de uma medicina “preventiva”, não do risco da enfermidade, mas do risco de um processo judicial. É o que se tem denominado “medicina defensiva”. A preocupação do profissional deixa de ser com a doença e se dirige a evitar problemas judiciais. Importa, todavia, que o profissional médico possa ousar, buscar novas alternativas, quando os métodos tradicionalmente indicados não se apresentem eficazes. O direito deve ser, além do garantidor da reparação devida, um estímulo ao desenvolvimento da medicina e de novas técnicas. O poder de vetoriar condutas e de dirigir as diversas atividades que se desenvolvem no meio social deve afirmar valores e garantir que aqueles de maior grau se sobreponham aos inferiores. É nesse sentido que a proteção da vida e da saúde deve sobrepor-se ao patrimônio material. A concepção macro de aprimoramento da ciência e da busca do fim maior da medicina, a cura, não pode ser sufocada por uma rígida e desestimuladora política indenizatória.

É bem verdade que é inerente à atividade médica um alto potencial de risco, mas é igualmente verdadeiro que as enfermidades e os acidentes se apresentam também como fatores de risco: risco de morte, risco de perda das funções, dos sentidos ou das faculdades mentais, risco de amputações, risco de consequências indesejadas, riscos que poderão ser antecipados pela própria conduta médica (causa virtual antecipada) ou afastados.

Conferir relevância negativa à causa virtual deixará a vítima sem indenização. Mas deixá-la ao incremento do risco diante da inação médica ou da ação ineficaz dos meios tradicionais poderá trazer-lhe prejuízos ainda maiores. A relevância da causa virtual deve ser enfrentada na perspectiva do incremento ou diminuição do risco, ao amparo do consentimento informado. Se há consentimento do paciente para tratamento não ortodoxo ou há ousadia que não se aproxime da culpa grave, não há de se negar relevância à causa virtual.

O que ocorreria então na existência da causa virtual antecipada por negligência e/ou sem o consentimento informado? Estaria o erro médico acobertado pela simples

existência do risco da própria enfermidade? Seria o risco já existente suficiente para justificar uma tentativa açodada ou uma intervenção contrária à *lex artis*? É evidente que a propositura anterior não poderá conduzir a tais extremos. Os excessos e a negligência grosseira continuam tendo seu papel de imputação da responsabilidade, mesmo porque transcendem ao risco permitido, reconhecido esse dentro da ponderação dos riscos e na ótica das alternativas disponíveis e suas probabilidades de resultado.

Importa que a causa virtual seja conduzida na perspectiva da teoria do risco e pautada pelo consentimento informado. Se no caso concreto há o consentimento informado, mas a conduta se encontrar viciada por negligência grosseira, haverá responsabilidade. Do mesmo modo, responderá o médico, se vier a afastar-se da *lex artis*, dos meios tradicionalmente indicados, sem o amparo do consentimento informado. Em todos esses casos, todavia, entendemos ainda que a causa virtual também deve ser tomada em conta, não agora para exclusão do dever de indenizar, mas para minoração do montante indenizatório, aos moldes da teoria da diferença de valores (*Differenztheorie*). O mesmo se dará, ainda que não haja o prévio consentimento e seja a negligência das mais grosseiras.

Tal perspectiva é mais facilmente compreendida, quando o risco implementado seja o mesmo já existente na causa hipotética, como a morte antecipada pelo tratamento mal sucedido de uma doença fatal. Poderá ocorrer, entretanto, que o dano ocasionado pelo erro médico (causa real) seja diverso do risco apresentado pela enfermidade (causa hipotética). Em tais casos, novamente oportuna se apresenta a teoria do incremento do risco, balizada, entretanto, pelos juízos de aferição da culpa (previsibilidade do resultado e reprovabilidade da conduta), a fim de ponderar o consequente dever de indenizar. Se o risco da enfermidade é afastado e substituído por um dano de menor gravidade, por certo haverá diminuição do risco. Ainda assim, poderá permanecer o dever de indenizar na mensuração do grau de culpa e na verificação da inexistência de um consentimento informado. É a relação entre o incremento ou diminuição do risco, a gravidade do dano, o grau de culpa e os poderes conferidos ao médico pelo paciente, em seu poder de autodeterminação diante da correta informação, que deverão instruir o magistrado na decisão de excluir a

responsabilidade, reduzir o montante indenizatório ou condenar ao dever de indenizar, na exata proporção do dano.

É possível também que haja um processo causal desconhecido, já em curso, que é interrompido por uma conduta médica que buscava a interrupção de outro processo causal conhecido. A exemplo, observa-se uma falta de perícia médica em determinado procedimento, para o tratamento de uma doença não letal, que acaba levando a pessoa a óbito. Ocorre que, no momento da necropsia, constata-se que a pessoa iria falecer de qualquer modo, em face do estágio adiantado de um câncer, só detectado neste momento, e que muito dificilmente seria percebido, com poucas chances de sobrevivência. Nesse caso, não se poderá isentar o profissional médico da responsabilidade, visto que agiu de forma negligente e incrementou o risco em razão do qual tinha o consentimento para agir. Para que assim se conclua, é necessário que, por um juízo prognóstico retrospectivo, se verifique que o médico deveria ter previsto que as chances de diminuir o risco da enfermidade conhecida eram menores do que as chances do incremento do resultado morte que acabou se verificando. Contudo, como após a necropsia foi possível constatar que o evento morte se daria de qualquer forma, deverá ser a causa virtual levada em conta para a fixação do montante indenizatório, que deverá restringir-se ao equivalente ao tempo de abreviamento da vida.<sup>592</sup> Percebe-se, desse modo, que o consentimento informado é conferido na exata proporção do risco que se conhece e o fator de imputação, medido na proporção da ponderação dos riscos, balizada pela verificação da culpa, por meio da prognose retrospectiva.

---

<sup>592</sup> WAGNER entende que evento subsequente de origem inocente que tenha causado danos similares, deve ser levado em conta. Baseia-se no caso *Harwood v. Wylken Colliery Co* (1913. 2K.B. 158) em que um trabalhador sofreu acidente de trabalho que lhe causou incapacidades permanentes. Os empregadores não se negaram ao pagamento das compensações, mas pouco depois deixaram de pagar, sob o argumento de que o autor sofria de problemas no coração que o deixariam incapacitado de qualquer modo. O autor sustenta, todavia, que, em casos assim, será necessário que se prime pelo pagamento total da indenização, não por questões propriamente causais, mas tomando-se em conta a fragilidade em que se encontra a outra parte. Aos moldes do sistema americano, propõe que eventuais injustiças poderão ser corrigidas pela seguradora (WAGNER, Ulrich. *Successive causes and the quantum of damages in personal injury cases*. In: 10 *Osgoode Hall L. J.* 369 (1972), p. 382-395).

Haverá ainda circunstâncias em que elementos paralelos que transitam no juízo de imputação, terão o condão de minorar ou mesmo excluir responsabilidades, o que conduz ao próximo capítulo.

## CAPÍTULO 6

### DIRIMENTES DA RESPONSABILIDADE

#### 6.1 Colisão de bens e interesses

Há situações em que, para se preservar um bem, é necessário o sacrifício de outro de mesmo valor. Suponha-se o caso de um médico que, não podendo atender de pronto à cirurgia de dois pacientes que chegam, ao mesmo tempo, ao atendimento de urgência, acaba tendo de optar por um deles, levando à morte daquele que foi preterido. Ou ainda, atente-se na administração de determinado medicamento cuja quantidade disponível seja suficiente a apenas um paciente. Nesse caso, não se há de falar em uma inação (*nihil facere*), mas em um agir intencional em um sentido, com necessária e consequente omissão em outro.

O artigo 36 do Código Penal português tratou expressamente a hipótese em seu número 1: “Não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar.”

No Brasil não há idêntico tratamento, mas parece aceitável a mesma solução por via do estado de necessidade. Ainda assim, é possível certa oposição, visto que, para a teoria diferenciadora, não seria possível o sacrifício de bem de igual valor.<sup>593</sup> Ora, ainda que se argumente que o paciente sacrificado tinha menor valoração social diante do salvo (que era pai de família, mais novo ou que exercia alguma função relevante) ou se diga que o escolhido tinha maiores probabilidades de sobrevivência, dificultosa é a valoração de uma vida humana.

BETIOL, embora justifique a razão do estado de necessidade no sacrifício de bem de menor relevo social, tomando a lição de DONNEDIEUDE VABRES, concebe a utilidade

---

<sup>593</sup> Cf. MALAMUD GOTI. Legítima defensa y estado de necesidad (1977).

social também para o sacrifício de bem socialmente igual ao salvaguardado.<sup>594</sup> Há ainda quem prefira transportar o problema da antijuridicidade para o campo da culpabilidade, exculpando-se em razão da inexigibilidade de conduta diversa, idéia que deriva da concepção normativa da culpabilidade. Não havendo culpabilidade, não há também o juízo de reprovação. Essa teoria formou-se na jurisprudência do Reichsgericht, em sucessivos acórdãos, bem como na doutrina desde FRAK, passando por GOLSCHMIDT, DREUDENTHAL, MEZGER, EB. SCHMIDT e VON LISZT.<sup>595</sup> De todo modo, parece mesmo que o Código Penal brasileiro adotou a teoria unitária, não se impondo óbice ao sacrifício de bem de igual valor.<sup>596</sup>

Diverso será, todavia, o caso de uma mãe que, no início da gravidez, tem diagnosticado um câncer, ao qual o tratamento indicado é também a quimioterapia. Ocorre que, com o tratamento, haverá irreversíveis lesões ao feto. A opção pelo aborto terapêutico configura-se como um estado de necessidade, ao impor lesão a objeto jurídico diverso do tutelado. Não se trata mais da opção por um dos doentes, mas a causa do salvamento da vida da mãe será a mesma da destruição da vida do nascituro. Há uma opção entre a vida da mãe e do nascituro, distintos objetos de distintos titulares, terapêutica que beneficia um paciente em prejuízo de outro, permitido pela valoração normativa que privilegia aquele que detém o direito de personalidade, em desfavor do nascituro que representa apenas uma expectativa de direito.

Tais escolhas, de fato, se tornaram objeto comum na prática médica e constantemente o profissional é obrigado a optar por salvar uma vida ou outra. Os sistemas de saúde públicos no mundo todo caminham com pernas tortas: faltam profissionais, medicamentos, maquinários, estrutura, etc. Não é raro que, na falta de leitos de UTI para atender à demanda do momento, os profissionais da saúde sejam obrigados a optar entre uma vida ou outra. A ação salvadora da vida de um é justamente a causa próxima da omissão causadora da morte de outro. É evidente que tal sistemática não poderá conduzir à responsabilização do profissional.

---

<sup>594</sup> BETTIOL. *Diritto Penale* (1973), p. 324.

<sup>595</sup> BRUNO. *Direito Penal* (1959), pp. 378-379.

<sup>596</sup> MIRABETE. *Manual de Direito Penal*, v. I. (2001), p. 179. Não é assim, de outro lado, na justiça militar, visto que o Código Penal militar adotou a teoria diferenciadora (arts. 39 e 43), que exige sacrifício de bem de menor valor.



Havendo colisão de interesses, COSTA JR defende a necessária opção pelo de valor mais alto e, se idênticos, o mais próximo. No caso em tela, entende que a opção deverá ficar por conta daquele que se apresente com estado mais grave. Se ambos estiverem em igual estado, deverá optar pelo que se achar mais próximo.<sup>597</sup>

Demasiadamente simplista nos parece a solução. Muitos outros fatores poderão coexistir que deverão ser considerados na difícil, porém não incomum, escolha do profissional. É possível que o paciente se encontre em estado grave e tenha pouca ou quase nenhuma chance de sobrevida, enquanto que o paciente em estado menos grave, se atendido naquele momento, apresente alta probabilidade de sobrevida. Acresçam-se a isso outros dados de maior polêmica como grande diferença de idade entre os pacientes, condição de arrimo de família, comprometimento meramente estético perante o funcional, considerações subjetivas sobre a valoração das sequelas, etc. Em todas essas circunstâncias no espinhoso terreno da valoração, que inevitavelmente deverá ser feita pelo profissional médico no exercício de sua profissão, o que, diante da tamanha subjetividade e necessária avaliação das particularidades do caso concreto, torna impossível o estabelecimento de uma regra. De outro lado, não se poderá escapar, por certo, do juízo de probabilidade sobre as perspectivas de cura e tempo necessário para tanto, tomando-se em conta as sequelas derivadas de cada conduta.

Parece-nos de, fato, impossível a criação de critérios objetivos para a determinação de tais escolhas, como se tem tentado produzir em alguns sistemas de saúde. Poder-se-ia argumentar, a exemplo, que a maior probabilidade de sobrevivência de um paciente em comparação com o outro ou a maior necessidade de um em face do outro seriam critérios primeiros a serem sopesados. Perceba-se, todavia, que é possível que justamente pela menor probabilidade de sobrevida de um é que se faria mais necessário o tratamento a este. Ou ainda, também se poderia dizer que a pessoas mais novas, com toda uma vida pela frente, deverá ser dada preferência em detrimento de outras mais velhas. De outro lado, poder-se-á argumentar que pacientes arrimos de família, normalmente mais velhos, devem ser preferidos a

---

<sup>597</sup> COSTA JR. *Nexo Causal* (2007), p. 152.

outros. Em verdade, os parâmetros para tais escolhas devem ser ponderados caso a caso.

## **6.2 Estado de necessidade**

Haverá situações em que a probabilidade de uma iatrogenia séria é alta. O médico se defrontará com um dilema de probabilidades. Por vezes estará diante do risco de um procedimento não ortodoxo em face de um mal maior do que o risco apresentado. Este será o caso de paciente que se apresente em quadro agudo de choque hemorrágico, em que a transfusão de sangue se impõe imediatamente, mas o hospital, apesar de dispor do tipo de sangue, ainda não teve tempo suficiente para completar os exames de detecção de doenças transmissíveis pela transfusão, como é o caso da Sífilis, Aids, doença de Chagas e Hepatite B. É evidente que, havendo risco de morte na falta da transfusão, o médico deverá assumir o risco da contaminação.

Sua decisão será pautada pela análise do risco e a culpa poderá ser imputada, na medida em que se verifique erro nesta ponderação. Se, no exemplo acima, avalia ser possível aguardar o término do exame e o paciente vem a falecer, pela falta de sangue, deverá ser ponderado se, naquele momento e circunstância lhe era exigido prever a morte, dentro das condições de normalidade, em casos semelhantes. Se de outro lado opta pela transfusão e há contaminação, da mesma forma lhe será pesado se sua decisão foi precipitada ou não.

PIERANGELI ressalta a importância de se verificar o tipo de interesse a ser protegido, a fim de se permitir que o estado de necessidade afaste o imperativo do consentimento e da liberdade de escolha e disposição sobre o próprio corpo. É evidente que, em perigo de vida ou mesmo de risco de amputação de membros, a intervenção médica de urgência se impõe, mesmo que sem a expressa anuência do paciente. O mesmo não se aplica, todavia, se o paciente já recuperou os sentidos e tem condição de decisão, ainda que se trate de bem juridicamente indisponível. Nem sequer se justificaria a alegação do médico de que teria agido no interesse do

paciente, quando a lei trate esse interesse como indisponível. Pelas mesmas razões não poderá tal consentimento ser presumido.<sup>598</sup>

O estado de necessidade também tem sido considerado como justificativa para se violar o consentimento do paciente, ainda que expresso, após devida informação, quando da existência de iminente risco de morte, em caso de não realização do procedimento. Isso não constituirá apenas um direito do médico de contrariar a vontade expressa do paciente, mas também um dever de agir, inerente ao exercício da profissão.<sup>599</sup> Nesse sentido, é o artigo 31 do Código de Ética Médica brasileiro<sup>600</sup>, que prevê como conduta vedada: “Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, *salvo em caso de iminente risco de morte.*” (grifo nosso)

Controvertida é a natureza da excludente pelo estado de necessidade, que poderá ser tomada como causa de justificação, tornando o ato lícito, ou causa de inculpabilidade, ilícito, porém desprovido de culpa.<sup>601</sup> A primeira concepção outorga ao agente um direito de intromissão no direito alheio (impedindo o exercício da legítima defesa), atua como “pressuposto de determinação da tipicidade da conduta”<sup>602</sup>. A doutrina dominante na maior parte das legislações considera que o estado de necessidade é uma causa de justificação. O fundamento expresso ou tácito encontra-se no princípio do interesse preponderante, segundo o qual o direito superior seja protegido, à custa do direito inferior, ou o direito qualitativamente igual, mas quantitativamente mais extenso, prevaleça sobre o quantitativamente menor.<sup>603</sup>

### 6.3 Caso fortuito ou força maior

#### 6.3.1 Conceito, enquadramento e consequências sobre o rompimento do nexa causal

<sup>598</sup> PIERANGELI. O Consentimento do ofendido (2001), pp. 213.

<sup>599</sup> Cf. SOUZA. Responsabilidade civil e penal do médico (2008), pp. 94-95.

<sup>600</sup> CEM, aprovado pela Resolução CFM nº 1.931/2009, publicada no D.O.U. de 24.09.2009, Seção I, p. 90, com retificação publicada no D.O.U. de 13.10.2009, Seção I, p.173.

<sup>601</sup> Esta última solução terá suas dificuldades de alocação no Direito brasileiro, quando o conceito de ilicitude traz em si a valoração da reprovabilidade da conduta, tornando a culpa um elemento do ilícito.

<sup>602</sup> BONVICINI. La responsabilità civile (1971), p. 795.

<sup>603</sup> Cf. ORGAZ. La ilicitud (1974), pp. 136-137.

Os conceitos de caso fortuito e força maior remontam à tradição romana, de origem propriamente grega, quando se atribuía a um vento fatal uma origem divina, transmitindo a mesma perspectiva ao Direito romano clássico, no qual o fortuito foi concebido como evento meramente casuístico, liberando o devedor de qualquer responsabilidade e eximindo-se qualquer apuração do elemento subjetivo de sua conduta.<sup>604</sup>

Muitas críticas têm sido lançadas, sendo ambos os termos alvo de muitas polêmicas. De acordo com a teoria da extraordinariedade, o caso fortuito se identifica com situações previsíveis, mas cujo momento da ocorrência é ignorado, enquanto a força maior se encontraria nos fenômenos inusitados e imprevisíveis. Para a teoria da diferenciação quantitativa, a força maior é o acontecimento que de forma alguma poderá ser previsto, enquanto que o caso fortuito poderá, mas tão somente com diligência além da mediana.<sup>605</sup> Ainda, para uma terceira concepção, o caso fortuito se dá por ação humana não individualizada, como guerras, assaltos, depredações e até imposições de autoridades (*factum principis*), enquanto a força maior estaria associada a forças naturais como tempestades, enchentes e doenças (*acts of God*).<sup>606</sup> CLÓVIS BEVILÁQUA prefere relacionar o caso fortuito com o acidente produzido por força física ininteligente, de forma inevitável, e a força maior, com fato de terceiro que cria um obstáculo invencível.<sup>607</sup>

AGOSTINHO ALVIM, ao buscar maior praticidade à diferenciação, dirá que o caso fortuito é todo impedimento relacionado à pessoa do devedor ou sua empresa, enquanto força maior será todo evento externo. Nesse sentido, se a responsabilidade se fundar na culpa, tanto o fortuito como a força maior poderão exonerar o devedor, mas, se fundada no risco, tão somente a força maior.<sup>608</sup>

Diante de tantas controvérsias advindas das tentativas de diferenciar tais expressões, essas foram caindo em desuso, visto que a única repercussão prática é a

<sup>604</sup> TADEU. Responsabilidade civil: nexo causal, causas de exoneração, culpa da vítima, força maior e concorrência de culpas (2007), p. 151.

<sup>605</sup> Cf. BARROS. Curso de Direito Civil, v. 4 (2003), pp. 317-318.

<sup>606</sup> NORONHA. Direito das Obrigações (2007), p. 625.

<sup>607</sup> Cf. BEVILÁQUA. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, v.4 (1980), pp 173-174.

<sup>608</sup> ALVIM. Da inexecução das obrigações e suas consequências (1980), p. 330.

de configurar exclusão da responsabilidade, o que ocorrerá inevitavelmente em ambas. Desse modo, nos termos do Código Civil português: “a obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor” (art. 790º). O Código Civil italiano, por sua vez, falará em impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor (artigo 1256). O Código Civil brasileiro não cria também distinções, tratando ambos os termos em conjunto, em diversos dispositivos (arts. 246, 393, 399 3 583).

Também a diretiva da comunidade europeia 85/374/CEE não se referiu ao caso fortuito ou força maior como causas excludentes da responsabilidade do fornecedor (cfr. Art. 7º). Contudo, ao final, justificou a omissão, dizendo que diante da dificuldade de se traçar um conceito comum, deve ser a tratativa deixada à regulação de cada país, tornando claro que sua intenção não é negar seu potencial excludente da responsabilidade.<sup>609</sup>

Para AGOSTINHO ALVIM a noção de caso fortuito se identifica com a ausência de culpa.<sup>610</sup> Não é essa, todavia, a visão de ALBERTO DÍAZ, para quem a verificação da inexistência de culpa se opera na sede da culpabilidade, enquanto o caso fortuito atua dentro dos limites precedentes da causalidade. Portanto, o caso fortuito, para o segundo autor, não se restringe à mera inexistência de culpa, mas configura uma nova causa capaz de interromper o nexo causal.<sup>611</sup>

Por todas essas dificuldades e imprecisões, GARCÍA- RIPOLL MONTIJANO sustenta que o conceito de caso fortuito poderia desaparecer das normas de responsabilidade civil e com isso não se perderia muito, visto que o que determina de forma geral a responsabilidade é a ilicitude da conduta. Tudo que implique na causação de um dano, sem que haja obrigação de ressarcir-lo, seria um caso fortuito. “És decir, a nuestro

---

<sup>609</sup> Ressalte-se, todavia, que nem sempre o caso fortuito ou a força maior terão o condão de excluir a responsabilidade. O Código Civil brasileiro, a exemplo, em seu artigo 393, prevê que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, contudo, na parte final ressalva: “se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. É possível, portanto, que haja assunção contratual pelos riscos dos casos fortuitos.

<sup>610</sup> ALVIM. Da inexecução das obrigações e suas consequências (1980), p. 332.

<sup>611</sup> DÍAZ. Responsabilidade coletiva (1998), p. 41.

entender, licitud + daño = caso fortuito. Y caso fortuito implica, por tanto, que el dañado há de soportar las conseqüências del daño”.<sup>612</sup>

Em verdade, a expressão “força maior” caiu em desuso e as tentativas de diferenciá-la do caso fortuito se mostraram infrutíferas e despiciendas. Por isso, daqui em diante se falará apenas em caso fortuito ou simplesmente “fortuito”, a fim de referir-se a toda intercorrência imprevisível, não atribuída ao agente ou a terceiro, capaz de alterar o nexo de causalidade ou trazer a necessidade de mudança de rumos.

BUSTAMANTE ALSINA elenca os elementos caracterizadores do caso fortuito como: 1) imprevisível (não pode ser previsto pela diligência ordinária); 2) inevitável (não pode ser evitado com o esforço normal); 3) fato alheio à pessoa do demandado; 4) superveniente (deve ser posterior ao nascimento da obrigação); 5) atual (posterior ao ato constitutivo da obrigação, mas contemporâneo ao momento do cumprimento); e, 6) Invencibilidade (de forma a impossibilitar o cumprimento da obrigação de forma absoluta).<sup>613</sup>

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro não previu dentre as causas excludentes da responsabilidade o caso fortuito ou a força maior (art.s 12, §3º e art. 14, §3º). No entendimento de NELSON NERY, de fato, o rol das causas excludentes é taxativo, já que foram previstas em *numerus clausus* pelo legislador.<sup>614</sup> No mesmo sentido, RIZZATO NUNES fundamenta que o princípio da liberdade de empreendimento, que permite legítimo lucro, acarreta responsabilidade integral pelo risco assumido, sendo as excludentes enumeradas no diploma consumerista em rol taxativo.<sup>615</sup> De outro lado, DENARI, na autoridade de ser um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, propõe tratamento diferente a depender do momento em que se evidencia o fortuito, se antes da prestação do serviço, se durante a ocorrência ou após a realização. Para o autor, somente se excluirá a responsabilidade, quando o caso fortuito ou a força maior se derem durante ou após a execução do serviço.<sup>616</sup> A

<sup>612</sup> Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables (2008), pp. 121-122.

<sup>613</sup> BUSTAMANTE ALSINA. Teoría General de la responsabilidad civil (1997) pp. 317-319.

<sup>614</sup> NERY. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (1992), p. 56. No mesmo sentido LISBOA. Responsabilidade civil nas relações (2001), p. 271.

<sup>615</sup> NUNES. CURSO DE DIREITO DO CONSUMIDOR (2007). p. 271.

<sup>616</sup> DENARI. Código de Defesa do Consumidor (1997), p. 159.

jurisprudência brasileira, por diversas vezes, já aplicou o caso fortuito como excludente da responsabilidade nas relações de consumo.<sup>617</sup>

Quando o evento fortuito não tem o condão de romper com o nexo causal, mas de outra forma corrobora para o incremento do resultado, não eximirá o autor da responsabilidade, mas deverá ser considerado no momento da mensuração da responsabilidade.<sup>618</sup> Nesse sentido, poder-se-á ter o fortuito como concausa necessária, somando-se à ação do agente de tal forma que esta sem o fortuito, assim como este sem aquela, não seriam capazes de por si só produzir o resultado. Ou ainda, poder-se-á ter o fortuito como agravador do resultado, compreendendo-se que este se haveria independentemente daquele, mas, se não fora o incremento do caso fortuito, o dano não apresentaria as mesmas proporções, quando então não haverá rompimento do nexo causal.

Por outras vezes o médico terá agido equivocadamente, mas em razão de fatores a ele não imputáveis, por ter sido conduzido ao erro diante da existência de um caso fortuito. Na máquina de cateterismo intracardíaco, por exemplo, um defeito no sistema de oximetria poderá conduzir a resultados incompatíveis. Com isso, o analista poderá realizar uma interpretação inexata das imagens ou dos números fornecidos pela aparelhagem e levar a cirurgias inúteis, com todos os riscos a ela inerentes.<sup>619</sup>

O caso fortuito pode também tão somente impedir a continuidade do serviço, como é o caso de uma cirurgia para retirada do ovário em cuja execução se detecta que o órgão está aderido ao intestino, o que poderá provocar a ruptura e infecção,

<sup>617</sup> STJ: AgRg no REsp 960578, rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 18/09/2007, DJ 08/10/2007, p. 315; REsp 330523/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 11.12.201, v. u., DJ 25.03.2002, REsp 120647/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 16.03.2000 v.u., DJ 15.05.2000, REsp 841090 / DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 24/10/2006, DJ 12/02/2007, p. 261. Apelação Cível nº 70006791958, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS; TJDF, 20060110867503ACJ, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F. Assim restou afirmado pelo STJ: “Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional.” (REsp 1180815/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010).

<sup>618</sup> Essa foi a conclusão a que se chegou na “V Jornadas Sanrafaelinas” realizada na Argentina: VIII – quando concurreren como concausas culpa del agente y caso fortuito el juez atenuará La responsabilidad del agente teniendo em cuenta la incidência del factor subjetivo em la producción del dano”

<sup>619</sup> Cf. MORAES. Erro médico e a justiça (2003), p. 434.

quando da retirada. A indicação cirúrgica nesse caso foi correta; apenas não se mostrou viável, após a descoberta de fato imprevisível, antes do início dos trabalhos.<sup>620</sup>

Na investigação do nexo de causalidade, deve-se ter em vista que quanto menor for o erro dos intervenientes, maior será a chance de que o curso constitua uma fatalidade ou acidente, até que, em último extremo, se não há quem tenha se equivocado, só resta o infortúnio como explicação.<sup>621</sup>

### 6.3.2 Previsibilidade como parâmetro adequado da caracterização do fortuito

Para que se possa falar em fortuito, é necessário que não haja relação de causa e consequência prognosticamente previsíveis entre conduta e resultado. É necessário que, em juízo posterior quanto à capacidade de se prever o resultado no momento da conduta, tal qual o proposto pela teoria da causalidade adequada, não se vislumbre, na ótica do homem médio, potencial para a alteração do resultado. O juízo prognóstico de probabilidades deverá dar-se em abstrato e verificar se aquilo a que se imputa como fortuito poderia ser previsto como razoavelmente provável.

De fato, tomada a definição do Código Civil brasileiro, em seu artigo 393, parágrafo único, ter-se-á que “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. Um evento danoso poderá ser inevitável por sua natureza ou por ter se feito inevitável, em razão de sua imprevisibilidade. A própria expressão “fato necessário” já concerne àquilo que não pode ser evitado. O dispositivo apenas pretende esclarecer que essa inevitabilidade poderá dar-se pela natureza do evento ou pela impossibilidade de agir para evitar, por ter se feito imprevisível. Para FERNANDO NORONHA, é necessário que seja “fato externo, irresistível e normalmente imprevisível. Irresistível será aquele cuja força do indigitado

---

<sup>620</sup> MAGRINI. Erro médico (2001), pp. 78-79.

<sup>621</sup> JAKOBS. A imputação objetiva no Direito Penal (2000), p. 16.



não poderia impedir, enquanto o fato imprevisível poderia ter sido impedido, caso pudesse ser previsto.<sup>622</sup>

Polêmico é o caso da infecção hospitalar como caso fortuito, apto a interromper o nexo de causalidade. Parece ao autor desta assistir razão a FERNANDO NORONHA, que considera a infecção hospitalar como consequência previsível a toda internação. Desse modo, uma intervenção médica inadequada que leve o paciente a uma internação desnecessária e não esperada diante do procedimento que deveria ter sido aplicado, será causa da morte do paciente, ainda que esta se tenha dado não pelas lesões propriamente sofridas na intervenção, mas em razão de infecção contraída durante o tempo de internação no hospital. Contudo, o autor faz a ressalva quanto a esta ter ocorrido por fatores que podem ser imputados à negligência do hospital. Nesse caso, a responsabilidade do médico estará excluída, cabendo a este o ônus da prova do fato.<sup>623</sup>

#### **6.4 Condições particulares do paciente e intercorrências**

Ao médico é exigido conhecer as intercorrências ordinárias de suas condutas, o que se pode esperar como ordinária decorrência dos procedimentos, assim como investigar, na medida em que o estado da técnica permita, eventuais peculiaridades do paciente que possam levar a consequências indesejadas, como é o caso da alergia a certas substâncias. Ocorre que não estará a seu alcance todo conhecimento, em vista da imensa conjuntura de variações e surpresas apresentadas pela complexidade do corpo humano. Em situações de emergência, nem sequer irá dispor de tempo para investigações e, por vezes, nem mesmo terá o paciente consciente para instruí-lo sobre informações básicas como a hemofilia ou a diabetes, que trarão, por certo, complicações cirúrgicas.

Nesse diapasão, questão controversa é a de sopesar se condições particulares da vítima do evento danoso, desconhecidas do causador, são aptas a romperem o

---

<sup>622</sup> NORONHA. Direito das Obrigações (2007), pp. 628-629.

<sup>623</sup> Idem, p. 609.

nexo causal e eximirem o agente das consequências maiores do fato, que não ocorreriam em pessoas, dentro de um padrão de normalidade. São os frequentes casos de choques anafiláticos causados por determinadas drogas, como as anestésias. Ainda que tenha sido a conduta do anestesta, ao injetar a substância no corpo de vítima, que tenha dado origem ao processo causal, há rompimento no nexo de causalidade, na medida em que desconhecia a condição peculiar do indivíduo.

Na ótica da teoria da equivalência dos antecedentes, não há como negar que a conduta médica tenha dado causa, pois, se não existisse, também inexistente seria o resultado. Na perspectiva da causalidade adequada ou mesmo da teoria dos danos diretos e imediatos, todavia, tais circunstâncias não poderão ser ignoradas em seu potencial de rompimento do nexo de causalidade.

O exemplo clássico de condições particulares é daquele que desfere golpe de pequena intensidade na cabeça de uma pessoa que padecia de acentuada fragilidade craniana (o que a doutrina americana convencionou chamar em seus exemplos de *egg shell*). Em caso de falecimento da vítima, tem-se considerado que o desconhecimento do agressor da circunstância agravante o isentará da responsabilidade pelo resultado mais grave que aquele que normalmente sucederia, em condições ordinárias.<sup>624</sup>

Segundo os irmãos MAZEAUD, tais circunstâncias, ainda que prévias, se desconhecidas do agente, devem ser tidas como fortuito.<sup>625</sup> Apenas se o agressor conhecia ou tinha a obrigação de conhecer a lesão ou doença do agredido é que responderá, pois a agressão de fato se tornará causa adequada da morte. O conhecimento ou cognoscibilidade da circunstância excepcional é um elemento subjetivo que se confunde com os juízos de culpabilidade.

A mesma solução se encontrará na perspectiva da imputação objetiva, porém com fundamento diverso. Em tal teoria, a exclusão da responsabilidade, quando o resultado se fizer agravado por circunstância prévia desconhecida, não implicará propriamente falta de culpa, mas a responsabilidade irá até os limites da ilicitude da conduta, tomando como fundamental o critério da previsibilidade, de mesmo modo.

---

<sup>624</sup> Cf. SILVA. Responsabilidade sem culpa (1974), p. 119.

<sup>625</sup> Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle (1932), p. 358.

Dever-se-á averiguar se o fato e sua consequência se encontram dentro do escopo de proteção da norma, daquilo que se pretende ver indenizado.<sup>626</sup>

Entendimento diametralmente oposto é o preponderante na consagrada jurisprudência americana, invocada como regra da *“Thin Skull”*,<sup>627</sup> nome conferido justamente na apreciação de casos como o do referido clássico exemplo da problemática do crânio mais frágil. Segundo tal teoria, as condições particulares de saúde da vítima não poderão isentar o autor das conseqüências maiores e desproporcionais, causadas por ato de menor gravidade, mesmo que esse não soubesse e nem tivesse condições de saber sobre essa particular condição. Outra situação comumente referida é a do sangramento de pessoas hemofílicas.

Para WAGNER, a regra deve ser aplicada apenas para a mensuração do dano e, conseqüentemente, do valor da indenização, e não para averiguação da responsabilidade do autor do dano. Pode-se questionar a extensão da responsabilidade, mas não sua existência. Isso significa dizer que não é tido como razoável exigir cuidado em que se pondera até mesmo a existência de anomalias. O que se quer evitar é a conduta danosa para o homem médio. Se há culpa avaliada no contexto do cuidado que se exige e espera para com o homem médio, haverá responsabilidade integral na mesma proporção do dano. Assim, a regra do *Thin Skull* só é aplicável em situações em que a responsabilidade é certa. Se nenhum dano poderia ter sido causado a pessoas em condições normais e não se sabia das peculiares condições, então não haverá responsabilidade.<sup>628</sup>

Diversa, todavia, será a tratativa daquele que conhece a moléstia ou conjuntura física que poderá levar ao agravamento anormal do resultado. Registre-se a respeito o

<sup>626</sup> Cf. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO. Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables (2008), p. 39.

<sup>627</sup> *Dulieu v. White and Sons*, 2 KB 669, é tido como o leading case de tal doutrina, quando restou asseverado que: “If a man is negligently run over or otherwise negligently injured in his body, it is no answer to the sufferer’s claim for damage that he would have suffered less injury, or no injury at all, if he had not had an unusually thin skull or an unusually weak heart.” (Se um homem é negligentemente atropelado ou de alguma forma negligentemente lesionado, não é escusável a argumentação contra o pedido de indenização que ele teria sofrido menos dano, ou talvez nenhum dano, se ele não tivesse um crânio mais fino que o usual ou um incomum coração mais fraco).

<sup>628</sup> WAGNER. Successive causes and the quantum of damages in personal injury cases (1972), pp. 370-372.

caso da jurisprudência espanhola<sup>629</sup> em que um homem que era transportado em uma ambulância sofreu queda, no momento de baixar o leito para ingresso no hospital. Restou rechaçado o argumento de que a fratura padecida por Don Alonso guardou relação mediata com o prévio processo de deterioração do trauma ósseo do úmero, devido a um processo metastático, visto que, é precisamente por essa patologia que se justificava a adoção de medidas especiais de cuidado na hora de realizar as operações de acesso, traslado e descenso dos enfermos da ambulância.<sup>630</sup>

Importa, ao nosso ver, que se tenha em mente o critério da normalidade. Um evento é considerado normal, quando sucede com certa frequência ou habitualidade, segundo o curso corriqueiro dos acontecimentos. Assim, não é normal que um indivíduo sangre até a morte, em razão de um corte não muito profundo, sem que se atinja uma artéria. O mesmo não se poderá dizer de um hemofílico. Ao médico, é exigida a realização da adequada anamnese, a fim de conhecer os aspectos que transcendem à normalidade e alocam-se na esfera de peculiaridades apresentadas pelo indivíduo. Cumprido tal dever e tendo agido de acordo com a *lex artis*, não lhe será imputado resultado decorrente de intercorrências que transcendam à normalidade e as quais o profissional diligente, e na esfera mediana de competência, era incapaz de conhecer.

## 6.5 Participação culposa da vítima no evento danoso

A participação culposa da vítima, como não poderia ser diferente, é reconhecida em diversos diplomas civis do mundo<sup>631</sup> como fator de alteração do dever

---

<sup>629</sup> SAP Toledo 20-V-2005 (civil, Jur 137706).

<sup>630</sup> Cf. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO. Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables (2008), p. 173.

<sup>631</sup> Código Civil português: ARTIGO 570º (Culpa do lesado) 1. Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.

Código Civil Italiano: Art. 1227 do Código Civil italiano: “Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.”

de indenizar, seja para minorar o montante indenizatório, seja para excluir a responsabilidade por completo, a depender da influência que exerce nos rumos do nexo de causalidade.

Doutrinariamente, é possível identificar-se três sistemas de ponderação da participação culposa da vítima: 1) a culpa do demandado absorve a da vítima, tornando esta irrelevante; 2) a culpa do demandado é absorvida pela da vítima que suporta todo o dano (esse foi o sistema do Direito romano que Pomponio formulava como: *Quod si quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligit damnum sentire* – a vítima que haja participado no dano, nada pode reclamar); e, finalmente 3) sistema de compensação de culpas, globalmente aceito.<sup>632</sup>

A despeito de toda atuação do profissional médico, o paciente continua sendo aquele com maiores poderes e ingerências sobre a própria saúde.<sup>633</sup> Na aferição da responsabilidade, deve ser imputada a autocolocação em situação de risco.<sup>634</sup> Seus atos, seus hábitos, seu comportamento pré e pós-intervenção são determinantes para o sucesso do tratamento e desenvolvimento da enfermidade.

Como em todas as relações jurídicas, no contrato estabelecido entre médico e paciente, encontra-se este imbuído do dever de colaborar, impondo-lhe, nesse sentido, certos deveres. O primeiro deles é o dever de informar, visto que pela anamnese poderá o médico colher dados necessários à boa realização do diagnóstico, aos cuidados com a administração de medicamentos contraindicados (em razão de

---

Código Civil brasileiro: “Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”

<sup>632</sup> BUSTAMANTE ALSINA. Teoría general de la responsabilidad civil (1997) p. 309.

<sup>633</sup> Em *Brisboy v. Fibreboard Corp*<sup>633</sup> restou asseverado que um homem que trabalhava com amianto e também fumava, poderia ser tomado como 55% responsável pelo câncer de pulmão que o levou à morte.<sup>633</sup> (418 N.W.2d 650 (Mich. 1988). Cf. MAKDISI. Proportional liability (1988), pp. 1082-1083 e 1098.

<sup>634</sup> GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO relata curioso caso da jurisprudência alemã em que um médico vindo de viagem de estudos na Índia e Sri Lanka com varíola e, ainda se sentindo bastante enfermo, voltou a suas atividades no hospital onde trabalhava sem submeter-se a revisão alguma. Em razão disso, uma série de médicos e pacientes acabaram contraindo a doença infecciosa, levando a óbito um médico e um paciente. Também um sacerdote que trabalhava no hospital acabou contraindo a doença visto que, mesmo sabedor da epidemia, continuou indo ao hospital. O médico acabou sendo condenado por homicídio e lesões culposas de todos os infectados. No que concerne ao sacerdote, críticas têm sido geradas face à própria colocação em risco. Não se trata de consentimento da vítima, pois de fato não há, mas sim de exposição própria ao risco. S. BGH 10-VII-1962 (1 StR 194/62; BGHSt, t. 17, pg 359. In: Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables (2008), p. 39.

alergias, outras doenças ou deficiências apresentadas pelo paciente) e à escolha do procedimento a ser aplicado.

Contudo, ainda que o paciente tenha conferido informações não verdadeiras ou manipuladas que possam levar o médico ao erro de diagnóstico, não é possível isentar sua responsabilidade por completo, quando detinha outros meios e exames aconselhados para averiguar a acuidade da informação prestada.<sup>635</sup> Desse modo, deve o médico diligenciar no sentido de esgotar hipóteses, cruzar dados e preencher lacunas, sendo também parte de sua atuação desconfiar das informações transmitidas pelo paciente, emocionalmente envolvido com os problemas afetos à enfermidade.

Ao paciente se impõe o dever de seguir corretamente as instruções conferidas pelo médico, na administração da posologia adequada do medicamento, na abstenção de certas atividades, ingestão de certos produtos, cuidados pré-operatórios, submissão a outros cuidados paralelos, etc.<sup>636</sup>

A desobediência às instruções médicas configura descumprimento contratual e é capaz de romper o nexo causal, podendo eximir total ou parcialmente a responsabilidade do médico. Se a desobediência resulta de um hábito conhecido pelo médico, é necessário que, além da proibição e orientação conferida, indique o tratamento adequado, ou encaminhe a um profissional habilitado (psicólogo, nutricionista, etc). Desse modo, se é conhecedor da existência do hábito que provavelmente levará ao descumprimento contratual, não poderá invocar a eximente, se não tomou as precauções necessárias para corrigi-lo.<sup>637</sup>

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro prevê, em seu artigo 14, § 3º, isenção da responsabilidade, quando restar provada a culpa exclusiva do consumidor. Saliente-se que o diploma consumerista optou pela adoção da responsabilidade objetiva, com a ressalva dos serviços prestados por profissionais liberais, como são os médicos, que somente respondem mediante a prova da culpa. Disposição semelhante

---

<sup>635</sup> SHAEFER. Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico (2003), p. 73.

<sup>636</sup> GIOSTRI. Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação (2003), p. 171. No que toca à anestesia, por exemplo, é indispensável que se obedeça ao jejum pré-operatório e ao descanso adequado no pós-operatório, como o uso ou não de travesseiros para se evitar fortes dores de cabeça.

<sup>637</sup> LORENZETTI. Responsabilidad civil de los médicos, t. 2, p. 154.

encontra-se no artigo 570º, 2, do Código Civil português que prevê: “Se a responsabilidade se basear numa simples presunção de culpa, a culpa do lesado, na falta de disposição em contrário, exclui o dever de indemnizar.” Percebe-se, todavia, que, ao contrário do diploma consumerista brasileiro, que só exclui a responsabilidade, quando a culpa é exclusiva da vítima, o Código Civil português é omissivo. É claro, todavia, que, na constatação de participação culposa do autor do dano, este responderá, nos termos no número 1 que antecede tal dispositivo, de acordo com a contribuição que tenha dado para o resultado. Entende-se que o número 2 do artigo 570º tem o condão de excluir a presunção da culpa, permitindo, todavia, a responsabilização nos moldes da responsabilidade subjetiva, com a prova da culpa.

Constatada, de outro lado, participação culposa de ambas as partes, paciente e médico, a responsabilidade deste não será excluída, mas o quantum indenizatório será fixado na proporção de sua participação no evento danoso e da gravidade de culpa de ambas as partes, nos termos dos artigos 570º do Código Civil português e 945 do Código Civil brasileiro.

## **6.6 Consentimento informado**

### **6.6.1 Dever de informar e colher o consentimento**

O consentimento informado emana da doutrina do necessário consentimento do paciente, para que se proceda a intervenções médicas em seu corpo, primando pelo direito de autodeterminação, assim como da proteção à própria dignidade, de forma a garantir-lhe o direito de conhecer seu estado de saúde, não apenas para que instrua qualquer decisão quanto ao consentimento que deverá ser dado, mas simplesmente para que conheça sua condição.<sup>638</sup> Os deveres correlatos de boa-fé e cooperação contratual impõem que as partes corroborem, para que a vontade

---

<sup>638</sup> MIQUEL GONZÁLEZ; MACÍA MORILLO. La responsabilidad médica en el ordenamiento español (2005), p. 54.

manifesta pela parte adversa seja consciente dos elementos necessários ao exercício do direito de escolha.<sup>639</sup>

Percebe-se do conceito, o pleonasmo existente na expressão “consentimento informado”, pois somente poderá haver consentimento, se o paciente foi devidamente informado sobre os termos, circunstâncias e riscos. Se não há informação clara, também não há consentimento. Ainda que este tenha sido conferido, estará viciado por falta de elemento necessário à sua validade: a informação necessária. Ainda assim, permaneceremos no uso da expressão, tendo em vista já ser fórmula consagrada pela doutrina.

A origem do problema do consentimento ao ato médico toca à constituição dos modernos Estados nacionais de direito e à passagem da medicina técnica empírica à ciência experimental. Do *corpus hippocraticum*, a relação terapêutica praticada no ocidente herdou um modelo ordenado sobre o princípio do *status*: entre médico e paciente há uma relação ímpar, garantida pelo juramento hipocrático.<sup>640</sup>

O dever de informar não deriva de uma relação contratual, mas do direito à integridade física e moral de cada indivíduo, inerentes aos direitos da personalidade constitucionalmente garantidos. São direitos que nascem com o próprio indivíduo e não da relação contratual estabelecida com o médico. Desse modo, o dever do médico de não atuar sem o consentimento do indivíduo, fora dos estados de urgência em prol da própria vida do paciente, surge antes mesmo de qualquer contato com o paciente.<sup>641</sup>

De acordo com a exposição de motivos da Resolução 1627/2000 do Conselho Federal de Medicina brasileiro, a relação médico-paciente se dá em uma natureza tridimensional. Em primeiro lugar percebe-se uma relação socioeconômica, visto que a execução do trabalho se dá por meio de um contrato de prestação de serviço. Em seguida haverá sempre uma relação técnico-científica, tendo em vista que os trabalhos

---

<sup>639</sup> Como pronunciado pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro: “age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em ‘termo de consentimento informado’, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório” (REsp 1180815/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010).

<sup>640</sup> CALDERAI, Il problema del consenso della bioetica (2005), p. 329.

<sup>641</sup> OLIVEIRA. Temas de direito da medicina (1999), pp. 63-65.



deverão ser pautados pelos estudos e avanços científicos em que o médico se coloca como detentor do conhecimento. Finalmente, há uma relação intersubjetiva de ajuda, ante a necessidade do paciente de se ver auxiliado e a capacidade do médico em auxiliar. Essa relação só se completará de forma satisfatória, se as vontades que lhe dão vida, se fizerem íntegras, isto é, dentro dos atributos da consciência e liberdade, o que não será possível concretizar-se, sem a devida informação.

O Código de Ética Médica brasileiro prevê em seu artigo 31, que é vedado ao médico “Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.” Também a Confederação médica Latino-americana e do Caribe – CONFEMEL, em sua 3ª Assembléia Ordinária, realizada na cidade de Santa Marta, na Colômbia, em 10 de Dezembro de 1999, caminhou no mesmo sentido, estabelecendo como prática imprescindível ao exercício da medicina a “utilização sistemática do consentimento idôneo, e ante uma comunicação clara, acessível, respeitosa da autonomia do paciente. Também na declaração de princípios éticos fundamentais a CONFEMEL erigiu que “É direito do paciente decidir livremente a respeito da execução de práticas diagnósticas e terapêuticas”.

Em Portugal, o Código Deontológico dos Médicos prevê em seu artigo 38º o dever de esclarecimento dos métodos de diagnósticos ou de terapêutica que pretende aplicar e regula a possibilidade de recusa de tratamento, nos seguintes termos: “1 – O Médico deve procurar esclarecer o doente, a família ou quem legalmente o represente, acerca dos métodos de diagnósticos ou de terapêutica que pretende aplicar. 2 – No caso de crianças ou incapazes, o Médico procurará respeitar na medida do possível, as opções do doente, de acordo com a capacidade de discernimento que lhes reconheça, actuando sempre em consciência na defesa dos interesses do doente. 3 – Se o doente ou a família, depois de devidamente informados, recusarem os exames ou tratamentos indicados pelo médico, pode este recusar-se a assisti-la, nos termos do artigo antecedente. 4 – Em caso de perigo de vida, a recusa de tratamento imediato que a situação imponha, quando seja possível, só pode ser feita pelo próprio, pessoal e expressa e livremente.” A violação do consentimento para intervenções médicas, por

sua vez, é tipificada em Portugal como conduta criminosa, punida com pena de prisão de até 3 anos ou multa.<sup>642</sup>

#### 6.6.2 Dever de informar do paciente

O dever de informar não cabe tão somente ao médico, mas também ao paciente. É uma via de mão dupla, visto que, para o adequado desempenho de sua atividade, o médico precisa ter ciência dos sintomas não detectáveis pela investigação clínica, da vida pregressa do paciente, de seus hábitos e vícios, de interações recentes com medicamentos ou outras substâncias químicas e outros dados relevantes ao processo diagnóstico bem como ao tratamento a ser empregado.

No caso *Rochester v. Katalan* da jurisprudência norte-americana, um homem fingiu sintomas de um dependente de heroína, para que pudesse receber doses de methadone do réu, um médico de um pronto-socorro. A suprema corte de Delaware acabou por absolver o médico da prescrição indevida, em razão de ter sido levado ao erro.<sup>643</sup> O mesmo ocorreu em outro caso no estado do Novo México, em que a corte de apelação absolveu o médico que relatou jamais ter sido informado pela paciente de que esta havia já abortado por três vezes. Se disso soubesse, não teria prescrito Pitocin, por causa da possível rotura e cicatriz fibrosa do útero.<sup>644</sup>

---

<sup>642</sup> ARTIGO 156 do Código Penal português – 1 As pessoas indicadas no artigo 150 que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. 2. O facto não é punível quando o consentimento: a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificar circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado. 3. Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias. 4. O procedimento criminal depende de queixa.

Art. 157. Dever de esclarecimento

Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis conseqüências da intervenção ou do tratamento, salvo conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.

<sup>643</sup> 320 A.2d 704 (Del. 1974).

<sup>644</sup> *Davila v. Bodelson*, 103 N.M. 243, 704 P. 2d 119 (ct. App) cert. Denied, 704 P 2d 431 (1985). In: FARRELL, Michael J. Medication Malpractice: Clais, Culprits and Defenses (1992-1993), p. 91.

Do mesmo modo, é possível impor ao médico a obrigação de informar-se sobre o paciente, obtendo as informações necessárias sobre seu estado físico e psíquico, especialmente no que concerne a especificidades que possam interferir ou interagir com os procedimentos a serem adotados, como é o caso de alergias, medicações em uso, intolerâncias alimentares, uso de bebidas alcoólicas, de produtos fumíferos ou outros hábitos relevantes do paciente. De fato, cabe ao médico o dever de provocar a conferência de tais informações, pois é de seu conhecimento o que se faz relevante ser informado no caso concreto.<sup>645</sup>

### 6.6.3 Adequação do dever de informar como requisito de validade do consentimento

Quando riscos calculados ou inerentes estão envolvidos no procedimento, a doutrina do consentimento informado exige que o paciente seja esclarecido sobre a natureza dos riscos e as alternativas existentes. Funda-se no livre arbítrio, no direito de decidir entre um tratamento ou outro, ainda que a decisão do paciente seja tola e desaconselhada. Um dos primários objetivos do consentimento informado é promover a autonomia individual e, diante de tais escolhas, surge a obrigação do paciente de assunção da responsabilidade sobre as decisões informadas.<sup>646</sup>

No que concerne à fase pré-contratual, o consentimento informado requer que o médico disponibilize informações suficientes sobre os riscos, benefícios e alternativas das ações recomendadas. O paciente poderá, então, aceitar ou recusar as recomendações. De maneira geral, tem-se recomendado que se preveja: 1) diagnóstico das condições; 2) tratamento recomendado para remediar a condição; 3) riscos inerentes, danos colaterais, precauções e contra-indicações do tratamento recomendado; 4) alternativas ao tratamento sugerido; 5) riscos inerentes, danos colaterais, precauções e contra-indicações do tratamento alternativo; 6) possíveis resultados e consequências adversas em caso de não realização de qualquer

---

<sup>645</sup> Cf. BARBOZA. Responsabilidade civil médica no Brasil (2005), p. 89.

<sup>646</sup> Cf. KING JR. In Search of a standard of care for the medical profession: the accepted practice formula (1975), pp. 1231 -1232.

tratamento.<sup>647</sup> O consentimento poderá ser feito de três maneiras. A forma oral será suficiente em procedimentos ordinários, em entidades nosológicas simples. O consentimento escrito deve ser a regra, pois restam documentadas as informações trocadas entre prático e paciente.<sup>648</sup> <sup>649</sup>A mais complexa das formas é a escrita testemunhada, indicada para os casos de alto risco.<sup>650</sup>

O paciente deverá ser informado dos riscos e efeitos colaterais do tratamento,<sup>651</sup> e dos tratamentos que possam estar disponíveis.<sup>652</sup> O dever de informar se estende tanto aos tratamentos terapêuticos como não terapêuticos <sup>653</sup>, mas limitado, tal qual a culpa, àquilo que se podia conhecer e prever.<sup>654</sup>

Embora as maiores implicações restem por conta das informações pré-contratuais, ou seja, aquelas necessárias à tomada de decisão pela contratação do

<sup>647</sup> FARRELL. Medication Malpractice: Clais, Culprits and Defenses (1992-1993), pp. 78-79.

<sup>648</sup> Na esfera do ordenamento jurídico espanhol, esclarecem MIQUEL GONZÁLEZ e MACÍA MORILLO: “Por lo demás, el artículo 4.1 de la Ley 41/2002 establece que la información se ha de proporcionar, como regla general, de forma verbal. No obstante, esto no supone una desaparición de la forma escrita, como vía para emitir la información, sino una aceptación de que la misma no es necesaria. A fin de cuentas, la información verbal presupone una interacción entre paciente y médico, que resulta más adecuada para satisfacer las necesidades del primero. En concreto, en la conversación entre ambos se puede poner de relieve la formación y grado de comprensión del paciente, lo que obligará al profesional sanitario a adecuar a las mismas la información emitida. Con ello, la previsión de la Ley 41/2002 parece que busca favorecer al paciente. Lo ideal, no obstante, sería que al paciente se le proporcionase también la información por escrito, a fin de poder consultarla en momentos ulteriores o de poder contrastarla con otros profesionales” (MIQUEL GONZÁLEZ; MACÍA MORILLO. La responsabilidad médica en el ordenamiento español (2005), p. 56).

<sup>649</sup> O Superior Tribunal de Justiça brasileiro concedeu o direito a um novo processo a médico que havia realizado cesariana e ligadura de trompas em paciente que não havia formalizado o pedido de esterilização por escrito. A parturiente deu entrada no Hospital no dia 29/3/1991 e, após o parto, foi realizada a laqueadura. Na ocasião, não havia necessidade de o pedido ser formalizado por escrito, podia ser acordado verbalmente, minutos antes da cirurgia. Cinco anos mais tarde, em 12/1/1996, foi publicada a Lei 9.263, que passou a exigir expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado pelo casal. O médico foi condenado tanto na primeira, quanto na segunda instância da Justiça do Estado de Minas Gerais. Tanto a sentença quanto a decisão do tribunal estadual entenderam que seria necessária a autorização escrita do casal para que a cirurgia fosse realizada. O relator do Recurso Especial, desembargador convocado Honildo de Mello Castro, se opôs à exigência de um documento que não existia à época dos acontecimentos, acentuando que houve claro cerceamento de defesa do médico, que ficou impossibilitado de apresentar provas, requeridas na contestação e reiteradas na especificação, com o julgamento antecipado da demanda. (REsp 436027/MG, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 17/09/2009, DJe 30/09/2010).

<sup>650</sup> ESPERANÇA PINA. Responsabilidade dos médicos (2003), p. 84; CASARIN DA ROCHA. Responsabilidade civil decorrente do contrato de serviços médicos (2005), p. 174.

<sup>651</sup> Chatterton v. Gerson [1981] Q.B. 432 at 443, Sidaway v. Bethlem Royal Hospital [1985] A.C. 871.

<sup>652</sup> Eilliansob v. E. London & City H.A. [1998] 1 Loyd’s Rep. Med. 6; Van Mol v. Ashmore (1997) 168 D.L.R. (4<sup>a</sup>) 637.

<sup>653</sup> Gold v. Haringey H.A. [1988] Q.B. 481.

<sup>654</sup> Cf. DEMOGUE. Traité des obligations rn général, t. VI (1931), p. 187.

serviço médico, importa esclarecer que o dever de informar não cessa com a contratação do profissional, mas se estende por toda a relação. Assim, o médico ginecologista contratado deverá esclarecer a paciente sobre os riscos da gravidez e os cuidados que deve tomar, como, por exemplo, abster-se de fumar, cuidados com a alimentação e esforços físicos, etc.<sup>655</sup>

Segundo MALDONADO CARVALHO, o consentimento informado é “sem maiores digressões, o resultado de um diálogo em que os atores – médico e paciente, imbuídos da mais estrita boa-fé, buscam esclarecer dúvidas e espancar medos, antes, durante e após o procedimento médico, e que não se encerra com a simples assinatura de um termo de compromisso.”<sup>656</sup>

De outro lado, bem ponderado é BONVICINI, ao defender que o consentimento não implica uma completa adstrição do médico ao exato tratamento proposto inicialmente, ao qual o consentimento do paciente foi conferido. Em verdade, a submissão e fidelidade do profissional devem se voltar ao fim perseguido, ou seja, é quanto ao bem-estar, à cura e ao incremento da qualidade de vida do paciente que deve obediência ao médico. Desse modo, se no decorrer do procedimento, se apresentar uma necessária mudança do inicialmente planejado, para se atingir ou, ao menos, aproximar-se do fim colimado, deve o profissional agir de acordo com sua liberdade de convicção, ciência e consciência.<sup>657</sup> Para DEMOGUE, esta exceção ao acordado e consentido como um dever do médico de agir, funda-se no estado de necessidade.<sup>658</sup>

Ao receitar qualquer tipo de droga, tem o médico, do mesmo modo, o dever de informar sobre eventuais interações medicamentosas e efeitos colaterais relevantes.<sup>659</sup> O mesmo dever haverá para o fabricante do medicamento. De outro

---

<sup>655</sup> MARTINS-COSTA. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia. Revista dos Tribunais (2005), p. 118.

<sup>656</sup> SOUZA. Responsabilidade civil e penal do médico (2008), p. 118.

<sup>657</sup> BONVICINI. La responsabilità civile (1971), p. 778.

<sup>658</sup> Cf. DEMOGUE. Traité des obligations en général, t. VI (1931), p. 187.

<sup>659</sup> Na Alemanha um médico não realizou a adequada anamnese para garantir que a administração de certas drogas não era contraindicada (BHG, 28.4.1959, NJW 1950, 1583). Em outro caso o tribunal sustentou que o médico deve informar o doente dos possíveis efeitos que pode causar-lhe uma injeção que lhe foi administrada. O paciente, após ter recebido uma alta dose de penicilina, dirigia até sua residência, quando, em uma pequena curva, perdeu o controle e foi chocar-se com uma árvore. O médico foi considerado culpado, por não ter adequadamente advertido o paciente dos efeitos colaterais

lado, NOVAH MORAES alerta para os efeitos perniciosos da exaustiva informação constante nas bulas que leva o paciente, por vezes, a contrariar a orientação do próprio médico, baseado nos dados obtidos da leitura da bula. Estimula também a automedicação e até mesmo o aconselhamento de outras pessoas ou medicação de seus familiares. Ainda, farmacêuticos que não deveriam exercer a prescrição, sentem-se amparados o suficiente pelos dados das bulas. A orientação do profissional médico, que detém outros conhecimentos que devem ser tomados na análise da medicação, perde força diante do que parece ser a orientação mais exata, a prescrita na própria bula.<sup>660</sup>

GUILHERME DE OLIVEIRA estabelece algumas diretrizes para o consentimento informado:

- a) A linguagem deve ser acessível, buscando termos que esclareçam o interlocutor, evitando-se termos técnicos e encontrando outros que traduzam a informação necessária.
- b) O conteúdo deve atender ao menos ao que o homem médio gostaria de ser informado. Por exemplo, um pequeno risco de insucesso ou uma pequena deformação física que no meio médico seria irrelevante, poderá não ser para o homem comum.
- c) Se possível, o paciente deverá ser considerado em suas particularidades. Um enólogo não poderá ser destituído de suas capacidades de paladar. Ainda que uma pequena diminuição de tais habilidades para o homem comum seja irrelevante, não será para um provador de vinhos profissional, podendo trazer-lhe comprometimentos para o desempenho de suas atividades que o dirigissem a assumir o risco de não realizar a intervenção médica. A responsabilidade de um médico, que não considera tais fatores específicos, deve ser, contudo, avaliada dentro das informações que tinha sobre o paciente.

---

(LG Konstanz, 14.4.1972, NJW 1972, 2233. Ainda, em outro caso, um médico foi considerado culpado, por não ter informado a uma jovem de 15 anos os efeitos colaterais de uma overdose de "Fowler's Solution" (BGH, 13.1.1979, VersR 1970, 324) (DIAS. Culpa médica [1995], p. 43)

<sup>660</sup> NOVAH MORAES. Erro médico e justiça (2003), pp. 229-230.

d) Entre o dever de informar e o dever de obter o consentimento situa-se a obrigação de verificar se o paciente compreende exatamente o teor das informações prestadas.

e) O dever de informar deve ser prestado deve acompanhar cada ato médico individualizado, ao menos para aqueles que constituam uma unidade do ponto de vista dos riscos e vantagens oferecidos.<sup>661</sup>

Importa ainda assinalar que o dever de informar deve ser tomado dentro do padrão cultural da população local, avaliando-se a capacidade de compreensão, os hábitos, a linguagem, e até mesmo os aspectos supersticiosos. Um médico inserido em determinado contexto cultural não poderá se escusar, alegando ignorância do meio em que convive.

Em sua consagrada obra sobre o consentimento, PIERANGELI delineia aqueles que considera como elementos de validade do consentimento informado:

- 1) Deve haver uma manifestação exterior de sua existência, ainda que tácita.
- 2) Deve ser prestado pelo próprio titular do direito ou por quem o represente, em caso de estar impossibilitado.
- 3) Deve ser o agente capaz.
- 4) Deve estar claramente informado do objeto do consentimento.
- 5) Deve ser conferido *ante factum* e permanecer quando da realização da intervenção.
- 6) Impera que seja livre.
- 7) Não poderá haver contrariedade entre a ordem jurídica e os bons costumes.<sup>662</sup>

Em Portugal, tem-se aventado a obrigação de comunicação apenas dos riscos “significativos”, isto é, aqueles em que o médico sabe ou deveria ter o conhecimento de sua relevância. O risco será considerado significativo, em razão dos seguintes critérios: (1) a necessidade terapêutica da intervenção; (2) em razão de sua frequência

---

<sup>661</sup> OLIVEIRA. Temas de direito da medicina (1999), pp. 67-68.

<sup>662</sup> PIERANGELI. O Consentimento do ofendido (2001), pp. 202-203.

(estatística); (3) em razão da sua gravidade e (4) em razão do comportamento do paciente.<sup>663</sup>

De fato, não é razoável exigir-se do médico a informação de todos os riscos possíveis da intervenção, incluindo os pouco prováveis e os meramente especulativos. A dificuldade jaz, entretanto, na definição do que pode ser considerado pouco frequente. LUNA YERGA aponta dois julgados do Supremo Tribunal espanhol que bem ilustram a dificuldade de precisar o que é considerado relevante para ser informado. Na Sentença da 1ª sala de 28/12/1998,<sup>664</sup> em que o paciente havia sofrido impotência coeundi e grave incontinência urinária em razão de uma adenomectomia retropúbica, cujos riscos de tais complicações não lhe haviam sido informados, o Tribunal absolveu o cirurgião, por considerar que, tratando-se de complicação inevitável e cuja incidência varia entre 1 a 3% dos casos, deve ser tomada como imprevisível, não havendo razão para informar. Em outro caso,<sup>665</sup> entretanto, em que a lesão sofrida na cirurgia se apresentava em 0.03% apenas dos casos, o tribunal considerou que, ainda que infrequente, se conhecido o risco, deve ser informado: *“habida cuenta que poco importa la frecuencia a efectos de la información y el tanto por ciento y las estadísticas al respecto, se es tal complicación inherente (sic) a toda intervención en el cuello ya que por su inherencia y ser perfectamente conocida debió manifestárselo a la enferma”*.

Quanto à prova do cumprimento do dever de informar, não caberá ao paciente a comprovação de que não foi informado, visto que não lhe pode ser exigida a prova de fatos negativos. É certo que o demandante deve sustentar a afirmação de direito de que a relação jurídica, que é objeto do litígio, não existe. Mas o ônus da afirmação e da prova não se distribui do mesmo modo que no caso em que se peça a declaração da existência da relação jurídica ou da prestação à base desta. O estado de coisas que deu origem à relação jurídica, cuja não existência deve fazer-se constar, concerne ao ônus da afirmação e da prova do demandado. Ao demandante cumpre apenas o ônus da

---

<sup>663</sup> Cf. PEREIRA. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica (2005), p. 443-459. Nesse diapasão, em Acórdão da Relação de Lisboa de Julho de 1973, decidiu-se que “o artigo 80º do Estatuto da Ordem dos Médicos, ao prescrever o aviso prévio ao doente dos riscos de certo tratamento, deve entender-se aplicável somente nos casos em que do tratamento resultem com freqüência e com sérias probabilidades de estados mórbidos, pois o médico não deve atemorizar o doente exagerando os riscos, que são sabidos, mas raramente se realizam.”

<sup>664</sup> RJ 1998, 10264.

<sup>665</sup> STS, 1ª, 12/01/2001 –RJ 2001, 3.



prova, enquanto afirma circunstâncias que correspondem às características de uma norma impeditiva, terminativa ou excludente.<sup>666</sup> O médico poderá, com facilidade, apresentar o termo de consentimento informado, assinado pelo paciente, o qual, como já dito, deve ser colhido, como regra, pela forma escrita.

#### 6.6.4 Nexo de causalidade entre a omissão do dever de informar e o dano experimentado

Questão tormentosa é aquela que relaciona os danos advindos da intervenção médica com os riscos efetivamente informados. Estaria a responsabilidade médica, nesses casos, vinculada aos riscos que não informou? A discussão ganhou força na doutrina e jurisprudência alemãs, destacando-se, nomeadamente, três casos paradigmáticos<sup>667</sup>:

- 1) *Rektoskopie-Fall* (1984) – O médico havia violado o dever de informar quanto às fortes dores que poderiam decorrer de uma rectosocopia, as quais, após a intervenção, acabaram não se verificando. Contudo, sofreu o paciente uma perfuração do intestino. O BGH decidiu não haver nexos de ilicitude (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*) entre a violação do dever de informar e a violação do direito de autodeterminação. O tribunal isentou o médico de responsabilidade pelos danos, em razão da falta de nexos de imputação objetiva (*Zurechnungszusammenhang*) entre os danos ocorridos (perfuração no intestino) e os deveres violados pelo médico (falta de informação quanto à possibilidade de sofrer dores).
- 2) *Kortison-Urteil* (1989) – Um ortopedista deixou de informar sobre os riscos de infecção, quando do tratamento de dores nos ombros do paciente, por meio de injeções de corticóides. O paciente acabou vindo a óbito em razão de uma septicemia. Observa-se que o óbito

<sup>666</sup> ROSEMBERG. La carga de la prueba (1956), pp. 158-159.

<sup>667</sup> A ordenação de tais grupos se deve a Daniela Engljähringer (1996), p. 101, apud PEREIRA. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica (2005), pp.464-466.

decorreu não exatamente do risco previsto e que deveria ter sido informado, mas de hipótese distante e pouco provável, ainda que relacionada (infecção generalizada). O BGH, nesse caso, entendeu que, por haver relação entre o risco não informado e o resultado implementado (que também é uma infecção, mas em grau mais elevado), há nexo de imputação objetiva.

3) Em cirurgia estética, o médico deixou de informar sobre riscos de insucessos da cirurgia. Acabaram verificando-se narcoses, as quais, todavia, haviam sido devidamente informadas. Contudo, alegou a paciente que, se soubesse dos riscos de insucesso, não teria realizado a cirurgia. Observa-se, desse modo, que o dano ocasionado foi devidamente informado, tendo restado a falha na informação sobre dados relevantes que se mostraram compatíveis com a alegação da paciente de que, se tivesse notícia, teria optado pela não realização da cirurgia. Segundo o BGH, o paciente deve ser informado dos riscos da intervenção em termos gerais ("*im grossen und gazen*"), que tenha as informações base (*Grundaufklärung*) que lhe confirmem o grau de gravidade da intervenção, sob pena de limitação das possibilidades de autodeterminação do paciente, impedindo-o de recusar a intervenção e assim evitar o dano. Nesse caso, afirma o BGH que o médico é responsável por todos os danos causados em uma cirurgia que poderia não ter sido realizada, caso houvesse sido garantida à paciente a informação necessária para exercer o direito de autodeterminação, mesmo que seja de um risco longínquo, que não tinha a obrigação de avisar. O foco não está na falta de informação, mas no dano causado.<sup>668</sup>

O último caso trata da terceira hipótese apontada pela teoria da perda de uma chance, a que nos referimos como "falta de informação que venha impedir a tomada de uma decisão esclarecida sobre determinada ação" (Cf. 3.9.). A lesão ao direito de autodeterminação é tomada como causa necessária para o implemento do nexo

---

<sup>668</sup> BGHZ 106, 391 (298f), apud PEREIRA. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica (2005), pp. 467-469.

causal, pois, caso soubesse dos riscos da cirurgia, teria tido a “chance” de rejeitar a cirurgia.

Podemos afirmar que a falta de informação adequada transporta a responsabilidade civil do médico do campo da modalidade subjetiva para o da objetiva, ou ao menos de uma presunção de culpa. A investigação do emprego da *lex artis* perde força, na medida em que o direito de autodeterminação do paciente é corrompido por uma escolha desinformada. Nesse momento, o dever do médico passa a ser de garantir a cura, pois os riscos inerentes a toda intervenção, que por sua vez qualificam a obrigação de meio, não foram assumidos pelo paciente, o qual, desconhecendo-os, espera que o resultado seja alcançado. A negligência encontra-se na própria omissão do dever de informar.

Em curioso julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, reconheceu-se a responsabilidade civil do médico pela simples omissão no dever de informar, quando restou comprovada a inexistência de culpa no procedimento. Na ocasião, considerou-se haver “culpa contra a legalidade” que se configura na infração a um dever de conduta, imposto pelas regras técnicas do desempenho de profissões ou atividades regulamentadas, como é o dever de informar.<sup>669</sup> Ressalte-se que, para que haja condenação no dever de indenizar pela infração do dever de informar e consequente

---

<sup>669</sup> É do teor da decisão: “Ocorre que a alegação de erro médico não é fundamento exclusivo da demanda, havendo passagem da peça de apelo dedicada exclusivamente a um outro aspecto que leva, a nosso ver, à conclusão da procedência do pedido: a de que o profissional médico associado à ré não prestou à autora as informações inerentes ao procedimento a que ela se submeteria, nomeadamente, as possíveis conseqüências nefastas de um acidente cuja probabilidade de ocorrência não era desprezível (sic). (...) Por melhores que fossem as intenções do Dr. (...), e por mais acertada que pudesse ser sua análise dos prós e contras da cirurgia, não há dúvida de que a decisão final de submeter-se ou não ao procedimento cabia não a ele, mas sim à sua paciente. Embora não se trate aqui, como já dito, de erro médico propriamente, pois o perito foi categórico em tal conclusão, deve-se levar em linha de conta que a omissão no dever de informação quanto aos riscos (não desprezíveis) envolvidos no procedimento cirúrgico adotado configura conduta culposa do profissional, configurando a chamada espécie de “culpa contra a legalidade”, de que nos fala Sergio Cavalieri, no seguinte excerto de sua obra: ‘Fala-se em culpa contra a legalidade quando o dever violado resulta de texto expresso de lei ou regulamento, como ocorre, por exemplo, com o dever de obediência aos regulamentos de trânsito de veículos motorizados, ou com o dever de obediência a certas regras técnicas no desempenho de profissões ou atividades regulamentadas. A mera infração da norma regulamentar é fator determinante da responsabilidade civil; cria em desfavor do agente uma presunção de ter agido culpavelmente, incumbindo-lhe o difícil ônus da prova em contrário.’ (Sergio Cavalieri, Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros, p. 43) A situação aqui delineada mostra-se suficiente para a condenação da ré ao pagamento de indenização por dano moral, requerida pela autora.” 1a Câ. Civ. Do TJRJ, ap. n. 2007.001.51219, j. 29.01.2008, Rel. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres.

lesão ao direito de autodeterminação, o pedido deve ter especificamente tais fundamentos.<sup>670</sup>

O nexo causal passa a ser o da violação do dever de informar (omissão) e não de uma ação. De outro lado, o médico poderá defender-se, provando que, ainda que tivesse acesso às informações, a decisão do paciente teria sido a mesma (comportamento lícito alternativo – “*pflichtgemässes alternativverhalten*”). A jurisprudência alemã aceita a figura do consentimento hipotético. Ainda, em casos em que a recusa da intervenção seja medicamente desaconselhada ou, se recusada, se verifiquem riscos semelhantes ou maiores que os das consequências mais gravosas da intervenção, maior exigência se fará da prova do paciente de que teria recusado o procedimento, caso soubesse dos riscos.<sup>671</sup>

Arremata DIAS PEREIRA, com maestria, em seu belo estudo sobre o dever de esclarecimento, que, se o dever de informar for *leve* e o médico comprovar que, se tivesse prestado todas as informações devidas, o paciente (em concreto e não o homem médio) teria consentido ainda assim e, de outro lado, se este não for capaz de demonstrar que recusaria a intervenção, caso tivesse sido informado, é possível admitir a figura do *consentimento hipotético*, “como aplicação concreta da categoria

---

<sup>670</sup> Assim, decidiu o Superior tribunal de Justiça brasileiro: “Cuida-se de ação de reparação de danos materiais e morais decorrentes de procedimento cirúrgico para a colocação no cérebro do marido da recorrida de uma válvula de derivação ventrículo-peritonal (DVP). O tratamento cirúrgico foi oferecido como única opção para a melhora do paciente, com diagnóstico de hidrocefalia. No entanto, após a cirurgia, agravou-se a saúde do paciente, com a aceleração de seu estado de portador de Alzheimer. Agora, a cirurgia é tida pela recorrida como desnecessária. O tribunal *a quo* baseou-se, para condenar o cirurgião, apenas no descumprimento profissional do dever do médico de informar ao paciente ou seu familiar os riscos cirúrgicos do procedimento eleito. Para o Min. Relator, no caso dos autos, a condenação de médico tão somente pelo descumprimento do dever de informar, sem existir essa alegação na petição inicial, extrapolou os limites estabelecidos no pedido inicial, configurando a ocorrência de julgamento *extra petita*. De outro lado, também aponta que, apesar da condenação do cirurgião, o próprio acórdão recorrido afirma não haver erro médico nem existir nexo causal entre a realização da cirurgia e o agravamento da saúde do paciente. Assim, ao mesmo tempo em que o Tribunal absolve, condena o recorrente com base em causa de pedir, diversa da constante da inicial, ou seja, adota a ausência de informação como causa de pedir. Nesse contexto, a Turma deu provimento, em parte, ao recurso para anular o acórdão recorrido e restabelecer a sentença absolutória de primeiro grau que julgou improcedente o pedido de reparação, ficando prejudicados os demais dispositivos que foram invocados como violados.” (REsp 795.348-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 18/5/2010).

<sup>671</sup> PEREIRA. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica (2005), pp. 482-486.

do *comportamento lícito alternativo*, e assim, excluir ou limitar a indenização pelos danos resultantes da violação da integridade física e psíquica.”<sup>672</sup>

#### 6.6.5 Infração do dever de informar como lesão autônoma ao resultado

É certo que o consentimento informado terá profundas implicações, quando da existência de complicações da intervenção médica realizada. Questiona-se, de outro lado, se a mera inexistência de consentimento, ainda que desassociada de qualquer prejuízo à saúde do paciente, teria o condão de dar ensejo à responsabilidade civil. É certo que há um direito inerente à propriedade do próprio corpo e a sua violação, ainda que implique benefícios à saúde, configura cerceamento da liberdade de escolha. Nesse diapasão, o consentimento informado passaria a ser exigido em todas as situações em que se faça possível, sob pena de imputação de ato ilícito, não agora em virtude de consequências desastrosas da intervenção ou ao menos indesejadas, mas pela simples violação da liberdade.

Esse foi o posicionamento adotado no *leading case* dos Estados Unidos, *Schloendorff versus Society of New York*, em que a autora, tendo um fibroma, se submeteu a um procedimento que acreditava limitar-se ao mero diagnóstico. O cirurgião, todavia, ao detectar a malignidade do tumor, quando da realização da biópsia, acabou por extrair todo o tumor. A paciente ingressou com ação, postulando indenização por suposto agravamento de sua condição. O tribunal considerou que a mera intervenção sem autorização, ainda que desassociada de qualquer dano à saúde, configura lesão à liberdade de escolha que deve ser indenizada.<sup>673</sup>

---

<sup>672</sup> Idem, p. 497.

<sup>673</sup> 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914). Restou assinalado pelo tribunal, nas palavras do juiz Benjamin Cardozo: “Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault for which he is liable in damages. This is true except in cases of emergency where the patient is unconscious and where it is necessary to operate before consent can be obtained.” Em tradução livre: “Todo ser humano maior e capaz tem o direito de determinar o que será feito com seu próprio corpo; e um cirurgião que perfaz uma operação sem o consentimento de seu paciente comete uma lesão pela qual ele é responsável pelo ato ilícito. Isso é verdade, excepcionalmente em casos de emergência, onde o paciente está sem consciência e onde é necessário operar-se, antes que o consentimento possa ser obtido.”

PIERANGELI acentua, que, de fato, o mero resultado benéfico da intervenção promovida pelo médico não é suficiente para excluir a ilicitude, quando se demonstrar que o procedimento fora realizado à revelia da vontade do paciente, em casos em que o consentimento poderia ter sido colhido. Não é dado ao médico ocupar a posição de “árbitro absoluto para impor, ou não, às pessoas um tratamento terapêutico, violando, assim, o direito de liberdade ou de disposição do próprio corpo”.<sup>674</sup>

Importa, todavia, que se tenha em mente que, para a existência de responsabilidade civil, é necessária não só a prova da conduta culposa e do nexo de causalidade, mas também da existência de um dano. Ainda que preterível o insucesso da intervenção, para que surja o dever de indenizar, a existência de um dano moral deve ser demonstrada. A presunção do dano moral de forma indiscriminada, sem considerar as peculiaridades do caso concreto, não só é temerosa e desarrazoada, como traria à prática médica uma burocratização imensa no cuidado de prevenir futuras ações, impondo aos médicos o dever de fazer constar nos termos de consentimento as mais inusitadas e improváveis situações, a ponto de tornar dificultosa a compreensão dos aspectos verdadeiramente relevantes.

#### 6.6.6 Causas excludentes da responsabilidade pela omissão no dever de informar

Haverá circunstâncias, entretanto, em que o cumprimento do dever de informar representará tamanho estresse ao paciente e prejuízos à sua saúde que sua valia passa a ser questionada. O receio da morte ou o conhecimento de todos os riscos do tratamento poderão levar o paciente a um nível de preocupação e tensão emocional que afete não só sua saúde mental como as próprias reações químicas do organismo. PARADISO assinala que, em que pese a lesão à liberdade de autodeterminação do sujeito, deve sobrepor-se a esta o aspecto não patrimonial, o incremento da qualidade de vida e da saúde do paciente.<sup>675</sup> No mesmo sentido, adverte BUSTAMANTE ALSINA que haverá situações em que se mostra aconselhável que o

<sup>674</sup> PIERANGELI. O Consentimento do ofendido (2001), pp. 196-197.

<sup>675</sup> PARADISO. La responsabilità medica: dal torto al contratto (2001), p. 348.

médico omita ao paciente detalhes que sua condição psicológica não esteja apta a conhecer.<sup>676</sup>

O próprio tratamento poderá restar comprometido pelo recebimento da informação. Por isso, GRUBB considera que em procedimentos terapêuticos necessários, o médico poderá, ocasionalmente, isentar-se do dever de informar, se este representar um grande temor que muito provavelmente irá impedir que o paciente se submeta ao tratamento. É questão controversa e de grande risco para o médico que assim optar. Ressalve-se que, por claras razões, o mesmo não poderá aplicar-se a cirurgias eletivas em que não há propriamente um tratamento necessário para a melhora do estado de saúde do paciente.<sup>677</sup>

Para LÓPEZ MESA e TRIGO REPRESAS, se o médico considerar que a informação irá contribuir de forma desfavorável ao tratamento, deverá contemporizar e apresentar somente aquilo que julgue conveniente ao caso, abarcando a natureza da enfermidade e seus caracteres mais ou menos graves, as vantagens e riscos eventuais dos atos médicos propostos e as intervenções médicas alternativas com as respectivas probabilidades de êxito.<sup>678</sup>

As possibilidades de diagnósticos, atualmente, deslocam a discussão para os campos mais diversos. Hoje se fala, a exemplo, de medicina preditiva, baseada nas predisposições a certas doenças indicadas pela carga genética. Nesse sentido, questiona-se a validade de se diagnosticar o possível desenvolvimento de doenças ainda assintomáticas, em especial quando não têm cura. Quais seriam as consequências para o psicológico e mesmo para o funcionamento de organismo, após o choque da notícia aterrorizadora, que, em realidade, é apenas probabilística? Seriam tais exames, de fato, confiáveis? Ainda, imagine-se ainda as consequências que tais informações teriam para a realização de planos de saúde, seguros de vida ou mesmo para a contratação de empregados? De outro lado, enquanto alguns cânceres apresentam predisposições familiares, é certo que a prevenção e o diagnóstico precoce aumentam em muito as chances de sobrevivência.<sup>679</sup> A prevenção da enfermidade

<sup>676</sup> BUSTAMANTE ALSINA. Teoría General de la responsabilidad civil (1997) p. 521.

<sup>677</sup> GRUBB. The emergence and rise of medical Law and ethics (1987), pp. 253-255.

<sup>678</sup> LÓPEZ MESA; TRIGO RERESAS. Responsabilidad civil de los profesionales (2005), pp. 421-422.

<sup>679</sup> Cf. PENA. Aspectos Bioéticos do projeto genoma humano e da medicina preditiva (2000), pp. 43-45.

somente será possível, se tomadas as devidas medidas de educação sanitária, alimentar, de aplicação de vacinas, orientando-se todas elas pelo estudo dos grupos de risco.<sup>680</sup> A oportunidade da apresentação da informação e a forma como será realizada deverá ser analisada de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Ainda, deve-se ter em vista que o dever de informar não se apresenta apenas para instruir uma decisão por determinado tratamento, mas também para simples comunicação de uma enfermidade. Importa que seja considerado o prejuízo que a informação poderá trazer ao estado clínico do paciente. Em circunstâncias em que não haja tratamento, aventa-se a oportunidade de omissão da informação ao próprio doente, comunicando tão somente a seus familiares ou quem quer que o acompanhe.<sup>681</sup>

Nesse diapasão caminha o Código de Ética Médica brasileiro, em seu artigo 34 que, ao tipificar como infração “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento”, ressalva a possibilidade da omissão da comunicação direta, quando esta “possa lhe provocar dano”, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal. No mesmo sentido posiciona-se o Código Penal português que, em seu artigo 157, prevê escusa ao dever de informar, quando a ciência do diagnóstico e das possíveis conseqüências da intervenção médica, por parte do paciente, puderem pôr em perigo a sua vida, ou quando seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.

Mais razão ainda haverá para a omissão de informação que se refira a um mal incurável, visto que, em tese, nenhum benefício haveria.<sup>682</sup> Nos casos em que não haja o que decidir, visto a inexistência de tratamento médico para a enfermidade, restando a informação apenas como antecipação do conhecimento do inevitável, deverá o médico avaliar se a informação incrementará ou não a qualidade do tempo de vida do paciente que ainda lhe resta, tomando-se em consideração suas condições peculiares.

---

<sup>680</sup> O médico NOVAH MORAES elenca alguns fatores gerais de predisposição que devem ser analisados; 1) Sexo – a arterioesclerose terá predominância na população masculina na proporção de 1 para cada 5 mulheres. O número se inverte no que diz respeito a varizes. 2) Idade – algumas doenças terão maior probabilidade de incidência em determinadas faixas etárias. 3) Etnia – assim, os judeus têm mais diabetes do que os demais, e os brancos, mais arterioesclerose do que os negros. 4) Hereditariedade (erro médico e a justiça [2003], pp. 126-128).

<sup>681</sup> SANTOS. Dano moral indenizável (2001), p. 294.

<sup>682</sup> Cf. BUERES. Responsabilidad civil de los médicos (1980), p. 82



Restará o médico, do mesmo modo, autorizado a omitir a informação, desde que diligencie em informar a familiares ou quem quer que pelo paciente se apresente como suporte. A essa alternativa, acrescente-se ainda necessária ressalva. É possível que a informação possa apresentar-se como uma exposição da intimidade do paciente, não desejada, como seria o caso de uma doença venérea contraída por um homem casado em relações extranupciais. Nesses casos, o profissional terá o dever de sigilo e sua exposição a familiares, ainda que movido pela melhor das intenções, representará violação da *lex artis*.

#### 6.6.7 Pactos excludentes da responsabilidade

É certo que o consentimento informado tem o escopo de atender ao princípio da informação, expressamente consagrado no Brasil, no artigo 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor. É certo também que tem o poder de conferir ao médico, dentro do poder de autodeterminação que detém o paciente, poderes para agir com técnicas não ortodoxas, na busca da cura, sempre que os meios tradicionalmente consagrados não apresentarem boas perspectivas. Controversa, todavia, é a possibilidade de renúncia do direito de indenização, ou em outras palavras, do pacto excludente de responsabilidade sobre todo e qualquer prejuízo ou consequência indesejada, inclusive aquelas derivadas de conduta culposa.

No Direito Romano, percebe-se uma valoração maior do consentimento, tomando este força de verdadeira exclusão absoluta da punibilidade, sem se fazer qualquer distinção para direitos indisponíveis. Segundo a máxima de Ulpiano: *nulla injuria est quae volentem fiat*<sup>683</sup> (a injúria está na intenção de quem a faz). O consentimento seria a própria expressão do direito de autodeterminação.

ROXIN defende tratamento distinto para a colocação em perigo de um terceiro aceito por este, na mesma medida daquele que cria o risco. Dá o exemplo de um acompanhante, que, apanhado de grande pressa, promete um prêmio ao motorista que conduz em velocidade superior à permitida. Em casos como esse não vê razão

---

<sup>683</sup> Digesto, XLVII, 10.1. §5.

para que o condutor responda penalmente por eventual acidente com danos ao acompanhante.<sup>684</sup> Nesse mesmo viés é que se propõe a reflexão sobre procedimentos médicos experimentais, com assentimento do paciente que busca uma solução ainda não conhecida pela medicina ao seu problema.

O consentimento da vítima, quando bem informado, tem sido invocado para se afastar a responsabilidade, como se dá em casos de interesse público relevante, promovendo experiências médicas perigosas para atender à urgência de preservação da saúde, em casos de grave comprometimento por epidemias ou mesmo em casos de interesse pessoal, na busca de cura ainda não encontrada para doença fatal. Assim se dará por ensaios clínicos, aplicação de vacinas ainda não testadas e quarentenas em condições insalubres. Isso se torna possível em todos os casos em que a proteção à integridade física, à vida ou à saúde conferida pela norma, se dá no exclusivo interesse daquele que confere o consentimento.<sup>685</sup>

TAVARES situa tais hipóteses no campo do “risco habitual”. Ainda que o médico, ao buscar métodos alternativos de cura, venha a violar as regras técnicas tradicionalmente consagradas ou, ao menos, venha a se afastar dos padrões dominantes de execução, há um interesse social preponderante com o escopo de minorar os sofrimentos de pacientes já fadados a perecer, nas esperanças conferidas pelo estado da técnica atual.<sup>686</sup>

No ordenamento jurídico espanhol, segundo SANTOS BRIZ, o pacto excludente de responsabilidade está amparado pelo artigo 1103 do Código Civil<sup>687</sup>. Contudo, ressalta o autor que será ilícito, quando contrariar a moral e os bons costumes, em especial quando esteja fora do campo de liberdade de contratação, segundo os limites traçados pelos artigos 1255<sup>688</sup> e 1258<sup>689</sup> do Código Civil espanhol, ou ainda quando contravenha

---

<sup>684</sup> ROXIN. Problemas fundamentais de Direito Penal (1998), pp. 286-287.

<sup>685</sup> ORGAZ. La ilicitud (1974), pp. 160-165.

<sup>686</sup> TAVARES. Teoria do crime culposos (2009), pp. 382-383.

<sup>687</sup> Artículo 1103. La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos.

<sup>688</sup> Art. 1255. Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

<sup>689</sup> Art. 1258. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

leis especiais que a proíbam.<sup>690</sup> Importa, ainda, ter em mente que o Código de Ética Médica Espanhol prevê proibições de práticas carentes de base científicas ou que prometem aos enfermos ou seus familiares curas impossíveis (art. 24.2.).

Na Itália, o Código Civil é expresso em imputar nulidade a todo e qualquer pacto que limita previamente a responsabilidade do devedor por dolo ou culpa.<sup>691</sup> BONVICINI adverte que o consentimento a uma atividade que ponha fim à própria vida, nenhum valor terá, visto que esta é um bem indisponível. Ainda que o suicídio não seja punido, ou ao menos sua tentativa, a vida se apresenta como bem de interesse primário que transcende a esfera individual do ser humano, merecendo proteção estatal que não poderá ser superada pelo mero consentimento.<sup>692 693</sup>

Em Portugal, o artigo Art. 340º do Código Civil prevê o consentimento da vítima como causa excludente da ilicitude do ato lesivo, desde que não seja contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes. Ao final, o número 3 do referido artigo permite a presunção do consentimento, quando a lesão se der no interesse do lesado, o que deve ser aplicado restritamente às situações em que o consentimento expresso não puder ser colhido (casos em que o paciente esteja inconsciente).<sup>694</sup>

Defende PIERANGELI que, no sistema brasileiro, o consentimento do paciente estará limitado pela forma e motivo que leva o Estado a tutelar determinados bens, pois o consentimento será ineficaz, sempre que dos princípios gerais que se extraem do complexo de normas que compõem o ordenamento jurídico estatal, esta tutela se apresentar como de interesse geral ou público.<sup>695</sup>

<sup>690</sup> SANTOS BRIZ. Responsabilidade Civil (1981), pp. 34-35.

<sup>691</sup> Art. 1229 Clausole di esonero da responsabilità - E' nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave (1490, 1579, 1681, 1694, 1713, 1784, 1838, 1900). E' nullo (1421 e seguenti) altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari (1580) costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico (prel. 31).

<sup>692</sup> Cf. BONVICINI. La responsabilità civile (1971), pp. 783-786.

<sup>693</sup> Ilustrativo caso que se fez manchete midiática no mundo todo foi a morte do cantor Michael Jackson, por overdose de medicação sedativa administrada por seu médico particular, a seu pedido.

<sup>694</sup> “1 – O acto lesivo do direito de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão. 2 – O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes. 3 – Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.”

<sup>695</sup> PIERANGELI. O Consentimento do ofendido (2001), pp. 124 e 128.

BUERES elenca algumas situações que considera como exceções à validade da cláusula de exclusão da responsabilidade: 1) quando houver culpa grave que, para o autor, estaria eivada de elemento intencional, equiparada ao dolo; 2) cláusulas de dispensa contrárias ao princípio da boa-fé que deve presidir as relações humanas; 3) cláusulas que levem ao desequilíbrio das prestações; 4) estipulações limitativas que atentem contra a própria obrigação, enquanto deixem ao livre arbítrio do devedor a opção pela satisfação da prestação.<sup>696</sup> Acrescenta a tais casos que, quando a culpa do devedor se mostrar lucrativa, apesar de não responder pelos prejuízos causados, ainda que tenha procedido por culpa, em razão da cláusula de exclusão, deve o profissional devolver o recebido, não em razão do pacto excludente, mas fundado na teoria do não enriquecimento ilícito.<sup>697</sup>

No Direito Penal, uma conduta eivada de perigo juridicamente aprovado não descaracteriza a tipicidade, quando se enquadrar na descrição do tipo. A responsabilidade será excluída não por falta de tipicidade, mas em razão da existência de causa de justificação, sem que haja, contudo, qualquer alteração na teoria do tipo. De forma correlata, pode-se afirmar que o médico deverá agir, a princípio, segundo a *lex artis* (conduta típica esperada), compreendida esta como a técnica consagrada e indicada para tratamento de moléstias de mesmas características. Ocorrerão, todavia, casos em que a técnica ortodoxa não apresenta grandes chances de êxito ou apenas postergará a morte ou, ainda, muito provavelmente nenhum resultado trará. Nesses casos, a infração à *lex artis* (conduta típica), quando resguardada pelo consentimento informado, poderá apresentar-se como perigo juridicamente aprovado, de acordo com a ponderação de riscos e será, portanto, amparada por causa de justificação.

No contrato de prestação de serviços médicos, o consentimento informado do paciente, como expressão de seu direito de liberdade, será por vezes o último esforço da tentativa desesperada de combater a enfermidade que o acomete. Quando os meios tradicionalmente oferecidos pela ciência não se revelam aptos a lhe conferir a almejada cura, resta-lhe o risco do desconhecido, o direito de ousar. Sabe-se que ao médico, como regra, se exige a obediência às técnicas consagradas e aos meios de

---

<sup>696</sup> BUERES. Responsabilidad civil de los médicos (1980), p. 219.

<sup>697</sup> Idem, p. 222.

êxito comprovado. Quando estes, todavia, se mostrarem ineficazes, o direito deve estar sensível à necessidade de alternativas experimentais que se apresentem como última esperança. Será pelo consentimento informado que o direito de liberdade e de lutar pela própria subsistência será exercido pelo paciente, legitimando o médico a agir fora do estado da técnica, ao menos daquela até então reconhecida. Nesse caso, se o risco assumido é menor ou igual àquele já existente na enfermidade, não haverá incremento do risco, ainda que se esteja assumindo novo risco, e excluída estará a ilicitude.

O que se dizer, entretanto, de assunção de um risco maior do que o presente na enfermidade, ao amparo do consentimento informado? Estaria tal assunção alocada no campo da autodeterminação do paciente ou já seria pertencente aos interesses indisponíveis e, assim, fadada à ineficácia? Em verdade, há ainda de se enfrentar como preliminar de tais indagações a difícil missão de se definir, no caso concreto, o que seria um incremento do risco. Um paciente, portador de uma moléstia terminal, com expectativa de vida de um ano, estaria assumindo risco maior, ao se submeter a um tratamento com risco de morte no próprio procedimento? Percebe-se que um procedimento demasiadamente arriscado poderá ocultar verdadeira eutanásia, vedada na maior parte do mundo.

Diante das inúmeras dificuldades, reconhece-se a impossibilidade de adoção de um critério normativo para a definição dos limites do consentimento informado, quando o risco assumido for maior do que o já existente. Nesse caso, presente o incremento do risco, configurada estará a antijuridicidade, mas possível será a exclusão da responsabilidade na verificação dos elementos de reprovabilidade da conduta, em especial, dos fins almejados pelo tratamento empregado. É necessário que se considere que o consentimento informado, na assunção de altos riscos, possivelmente maiores que o da própria enfermidade, ainda que atinja a esfera dos direitos indisponíveis, apresenta-se como exercício da liberdade de autodeterminação, qualificada pelo reconhecido direito natural de autopreservação, na instintiva e incansável luta pela sobrevivência.

## CAPÍTULO 7

### RESPONSABILIDADE POR ATOS DE TERCEIROS

#### 7.1 Responsabilidade pelos prepostos

Tanto na responsabilidade aquiliana como na contratual, poderá haver responsabilidade pelo fato de outrem.<sup>698</sup> A relação contratual que envolve médico e paciente tem como objeto um serviço, que será prestado de acordo com o plano traçado pelo médico, clínica ou hospital. Salvo os casos de obrigação estritamente personalíssima (*intuito personae*), o profissional, poderá fazer-se substituir em algumas tarefas. Será comum o emprego de auxiliares no adimplemento da prestação, assim como atuará o médico em conjunto com outros médicos, em determinados procedimentos. Importa, nesse momento, que se possam definir os limites da responsabilidade pelos atos de outrem.

No Direito Brasileiro, com a entrada em vigor do atual Código Civil, deixou-se de fazer-se necessária a responsabilização, por meio da culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do empregador pelos atos de seus prepostos. Na atual sistemática do artigo 933, há responsabilidade solidária do patrão, amo ou comitente pelos atos de seus prepostos, independentemente de culpa. Em Portugal, o artigo 800º caminha no mesmo sentido, prevendo que “o devedor é responsável perante o credor pelos actos

---

<sup>698</sup> RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA. QUEIMADURA CAUSADA NA PACIENTE POR BISTURI ELÉTRICO. MÉDICO-CHEFE. CULPA "IN ELIGENDO" E "IN VIGILANDO". RELAÇÃO DE PREPOSIÇÃO.- Dependendo das circunstâncias de cada caso concreto, o médico chefe pode vir a responder por fato danoso causado ao paciente pelo terceiro que esteja diretamente sob suas ordens. Hipótese em que o cirurgião-chefe não somente escolheu o auxiliar, a quem se imputa o ato de acionar o pedal do bisturi, como ainda deixou de vigiar o procedimento cabível em relação àquele equipamento. Para o reconhecimento do vínculo de preposição, não é preciso que exista um contrato típico de trabalho; é suficiente a relação de dependência ou que alguém preste serviços sob o comando de outrem. Recurso especial não conhecido. (REsp 200831/RJ, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2001, DJ 20/08/2001 p. 469). De outro lado, também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça brasileiro que o médico residente responde diretamente pelos atos que por sua graduação teria condições de praticar (REsp 316283/PR, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2001, DJ 18/03/2002 p. 258).

dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor.”

ALVINO LIMA, em seu debruçado estudo do Direito francês, enumera alguns princípios consagrados na doutrina e jurisprudência firmadas sobre o Código de Napoleão que acabou por influenciar o ordenamento jurídico dos países herdeiros do sistema civilístico francês. 1) Desde que haja um laço de conexidade ou de causalidade entre a função e a culpa da qual promana o dano, o comitente é responsável, ainda que seu preposto tenha agido espontaneamente, sem ordens nem instruções, ou mesmo quando tenha agido contra as instruções recebidas, ou contra uma proibição formal que lhe tenha sido feita. 2) O comitente responderá sempre pelos atos culposos do preposto, praticados para atingir o fim das funções, mesmo que estes atos sejam o fruto da desobediência ou de um abuso. 3) Todas as vezes que o preposto tenha agido por conta do comitente, seja sob sua ordem, seja simplesmente no seu interesse, mesmo sem instruções, ou contra as mesmas, o comitente será responsável. 4) O comitente é responsável, mesmo quando o preposto agir no seu interesse pessoal, desde que ele se tenha aproveitado das facilidades particulares que lhe confere o exercício de suas funções. 5) Em caso de abuso de funções, o comitente deixa de ser responsável, se a vítima tinha conhecimento de que o preposto agira fora de suas funções. 6) Se a vítima considera o preposto como quem age por conta própria, não poderá invocar a responsabilidade do comitente. 7) Se a vítima acreditou de boa-fé que o preposto agiu no exercício regular de suas funções, ou na existência de um preposto aparente, poderá surgir a responsabilidade do comitente, se este foi culpado da aparência prejudicial à vítima.<sup>699</sup>

Na relação firmada entre médico e seu preposto, o princípio da confiança rege-se por duas vertentes temporais. De um lado, encontra-se na hipótese de um agente que atua em sucessão de outro, confiando o primeiro que o segundo se comportará conforme o papel social que lhe é esperado. Como exemplo, cita-se o obstetra que, após a realização do parto, entrega a criança nas mãos da enfermeira que higienizará a criança com todo o cuidado que se lhe espera. De outro lado, encontram-se atos que dependem, na configuração social, de uma atuação alheia anterior, como é o caso do

---

<sup>699</sup> LIMA. A responsabilidade civil pelo fato de outrem (2000), pp. 282-283.

cirurgião que confia na esterilização dos aparelhos pelos instrumentadores de sua equipe.<sup>700</sup> Para JAKOBS, o princípio da confiança deve ser encarado do mesmo modo que o risco permitido, posto que em todas as organizações se encontrará o regime de divisão de tarefas.<sup>701</sup> Tal explicação é suficiente para a definição de responsabilidades no Direito Penal e, de fato, não se poderá apenar aquele que deposita confiança em alguém que acaba por infringir seu dever de conduta. Na esfera cível, todavia, as interações ganham novos conteúdos, em especial no que toca às relações contratuais e à delegação de funções (*culpa in eligendo*).<sup>702</sup>

Para AGOSTINHO ALVIM, o médico que se faz associar, na execução de suas funções, a assistentes e enfermeiros, que acabam por causar dano ao paciente, responderá, ainda que não lhe possa atribuir culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*.<sup>703</sup> No mesmo sentido, afirma BUERES que a responsabilidade do comitente, entendido como aquele que delega a terceiro o exercício de uma atividade, é inescusável. Para chegar a esta solução, afirma que a doutrina segue fundamentalmente dois caminhos: 1) o de que ao juízo de imputação segue a presunção de culpa de forma irrefutável; e, 2) o que preconiza a existência de um fator objetivo de responsabilidade, traduzido no dever de garantia.<sup>704</sup>

Em verdade, a prova da culpa *no erro cometido* não poderá ser desprezada, visto que a imputação da responsabilidade civil médica tem como regra a necessidade da prova da violação de um dever de conduta, por tratar-se de obrigação de meio. O que se faz de fato desnecessário é prova da culpa *na escolha do preposto (in eligendo)* ou da culpa *na supervisão (in vigilando)*. Importa que se tenha em mente que o médico, no cumprimento do contrato, poderá realizar todos os atos pessoalmente ou

<sup>700</sup> JAKOBS. A imputação objetiva no Direito Penal (2000), p. 26.

<sup>701</sup> Idem, p. 27.

<sup>702</sup> RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA. QUEIMADURA CAUSADA NA PACIENTE POR BISTURI ELÉTRICO. MÉDICO - CHEFE. CULPA "IN ELIGENDO" E "IN VIGILANDO". RELAÇÃO DE PREPOSIÇÃO. Dependendo das circunstâncias de cada caso concreto, o médico-chefe pode vir a responder por fato danoso causado ao paciente pelo terceiro que esteja diretamente sob suas ordens. Hipótese em que o cirurgião chefe não somente escolheu o auxiliar, a quem se imputa o ato de acionar o pedal do bisturi, como ainda deixou de vigiar o procedimento cabível em relação àquele equipamento. Para o reconhecimento do vínculo de preposição, não é preciso que exista um contrato típico de trabalho; é suficiente a relação de dependência ou que alguém preste serviços sob o comando de outrem. Recurso especial não conhecido (REsp 200831/RJ, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2001, DJ 20/08/2001 p. 469).

<sup>703</sup> ALVIM. Da inexecução das obrigações e suas consequências (1980), p. 274.

<sup>704</sup> Cf. BUERES. Responsabilidad civil de los médicos (1980), pp. 150-151.



valer-se de auxiliares. A obrigação do profissional de saúde será de satisfazer a obrigação, e não de cumprir de determinado modo, salvo se tal tiver sido expressamente contratado. Detém o médico a *libera electio dos meios* idôneos de execução. Ao credor (paciente) será indiferente a forma como o serviço lhe é prestado, o que importa é seu adimplemento. Se a prestação não lhe é entregue de forma adequada, por culpa do médico ou do auxiliar do médico, surge automaticamente a responsabilidade do profissional com quem contratou, dirigindo-se a pretensão do paciente contra este, visto ser com ele que detém relação jurídica.<sup>705</sup>

Para tanto, terá o paciente de provar a existência de culpa na realização do procedimento, como é a regra da obrigação de meio desenvolvida pelo médico. Desnecessária, todavia, é a prova de culpa do médico na escolha ou supervisão (responsabilidade objetiva). Basta que se comprove a culpa do comissário (responsabilidade subjetiva) e que este tenha agido no exercício de suas funções, ainda que com dolo e contrariamente às instruções do comitente.<sup>706</sup>

Não é essa, todavia, a solução conferida pelo direito alemão, em que a responsabilidade do comitente deriva da concepção de sua própria culpabilidade, do fato de ter agido mal (§ 831 do BGB), haverá presunção de culpa, mas agora com a faculdade de realizar prova em contrário de sua diligência (prova de descarga), afastando sua responsabilidade. Trata-se de presunção *juris tantum*.<sup>707</sup>

Como uma terceira via, LÓPEZ MESA e TRIGO REPRESAS assinalam que a jurisprudência argentina tem, repetidamente, decidido que ao chefe de equipe não pode ser atribuída responsabilidade por atos negligentes de membros da equipe que fujam à sua esfera de controle. Nem mesmo quanto a simples processos de assepsia e

<sup>705</sup> LIMA, op. cit., pp. 226-227 e 251.

<sup>706</sup> Idem, p. 289.

<sup>707</sup> LARENZ. Derecho de obligaciones (1959), t. II, pp. 608-609. Em tradução livre do texto do §831 do BGB, traduzido para a língua inglesa: “(1) Uma pessoa que usa outra pessoa para executar uma tarefa é responsável para fazer a reparação do prejuízo que o outro ilicitamente inflige a um terceiro ao realizar a tarefa. Responsabilidade por danos não se aplica se o comitente exerce cuidados razoáveis ao selecionar a pessoa o comissário, na medida em que ele está de obter dispositivos ou equipamentos ou para gerenciar a atividade de negócios, na aquisição ou de gestão, ou se o dano teria ocorrido mesmo que esse cuidado fosse exercido.”

esterilização não poderá haver imputação de falta, visto que não são os chefes de equipe que exercem o controle sobre tais instrumentais.<sup>708</sup>

Tratando-se os serviços médicos de obrigação contratual, importa que se diferenciem os casos de relação jurídica estabelecida diretamente com o médico que se faz valer da estrutura de um hospital, daqueles em que o contrato é firmado com o próprio hospital que, por sua vez, emprega profissionais médicos. No primeiro caso, apenas o médico responderá por eventuais erros médicos, isentando o hospital de qualquer responsabilidade.<sup>709</sup> No segundo caso, todavia, havendo relação de

---

<sup>708</sup> Cám.Nac. Fed. CC, Sala 2ª, 2/7/96, “Méndez, Feernando G. c/ Jäger, Emilio y otros”, JÁ 1998-III-sínt.; CNViv., Sala H, 2/7/97, “Gonzáles, Juan C. c/Corporación Médica de sur y outro”, JÁ 1998-III-sínt., apud LÓPES MESA; TRIGO REPRESAS. Responsabilidad civil de los profesionales (2005), p. 514.

<sup>709</sup> A respeito disso, observem-se três ilustrativos casos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro:

RESPONSABILIDADE. CIRURGIA. Cuida-se de ação indenizatória ajuizada pela recorrida em desfavor de hospital e de dois médicos, sob o argumento de que foi submetida à cirurgia de varizes realizada pelos réus nas dependências do hospital, ante a negligência e imperícia do cirurgião. Foram lesionados nervos de sua perna esquerda, de forma que perdeu definitivamente os movimentos tanto da perna quanto do pé. A Min. Relatora não conheceu do recurso, considerando que o hospital não demonstrou nenhuma circunstância excludente de responsabilidade e que o fato de ter admitido, em seu estabelecimento, a atividade que se revelou lesiva é suficiente para demonstrar o liame com o hospital do resultado danoso advindo da cirurgia. O Min. João Otávio de Noronha, divergindo do entendimento da Relatora, entendeu não se poder dizer que o acórdão recorrido tenha ofendido as disposições do § 1º do art. 14 do CDC, porquanto é inequívoco que a sequela da autora não decorreu de nenhum serviço de atribuição da entidade hospitalar, razão pela qual não se lhe pode atribuir a condição de fornecedor a fim de imputar-lhe a responsabilidade pelo dano. Aduz que, atualmente, tem-se remetido às disposições do § 1º do art. 14 do CDC, como sendo a norma sustentadora de tal responsabilidade. Também ocorre que, na hipótese dos autos, não se está diante de falha de serviços de atribuição do hospital, tais como as indicadas (instrumentação cirúrgica, higienização adequada, vigilância, ministração de remédios etc.), mas diante de consequências atinentes a ato cirúrgico de responsabilidade exclusiva da área médica, de profissional sem nenhum vínculo com o hospital recorrente. Assim, não há por que falar em prestação de serviços defeituosos, a ensejar, por conseguinte, a reparação de danos pelo hospital. Quanto ao fato de inexistir vínculo de emprego entre o cirurgião e o hospital, não resta dúvida, nos autos, de que o médico cirurgião não tinha nenhum tipo de vínculo com o hospital, apenas se serviu de suas instalações para as cirurgias. Diante disso, a Seção, ao prosseguir o julgamento, por maioria, conheceu do recurso do hospital e deu-lhe provimento, a fim de julgar a ação improcedente quanto a ele (REsp 908.359-SC, Rel. originária Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 27/8/2008).

RESPONSABILIDADE. HOSPITAL. ERRO MÉDICO. A Turma afastou a responsabilidade civil objetiva do hospital recorrente por erro médico ao entendimento de que o dano à autora recorrida decorreu exclusivamente da alegada imperícia dos profissionais que realizaram sua cirurgia (também recorrentes), não tendo ocorrido falha na prestação dos serviços de atribuição da clínica. Ressaltou-se que o fato de as entidades hospitalares manterem cadastro dos médicos que utilizam suas dependências para realizar procedimentos cirúrgicos não lhes confere o poder de fiscalizar os serviços por eles prestados, porquanto não se admite ingerência técnica no trabalho dos cirurgiões. Frisou-se, ademais, que os médicos envolvidos não possuíam vínculo com o hospital (Resp. 1019404, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/3/2011).

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. Em ação indenizatória por dano advindo de cirurgia mal sucedida (suposto erro médico), insurgem-se os recorrentes quanto ao afastamento da legitimidade passiva do hospital para responder solidariamente com o médico, que não tem vínculo com aquele nosocômio. Ressaltou o Min. Relator que o entendimento recorrido está em consonância com a

preposição entre médico e hospital, este responderá pelos atos daquele, desde que provada a violação do dever de conduta.<sup>710</sup> Acrescente-se a tais hipóteses o uso, por parte do médico, de uma equipe de profissionais para o desempenho de sua atividade. Nesse caso, será pessoalmente responsável pelos atos das pessoas que utilizou, no cumprimento das suas obrigações, se estas não tinham relação de preposição com o hospital. Se, todavia, o contrato fora firmado pelo paciente, diretamente com o hospital, tanto o médico, como o hospital, assim como o membro da equipe, responderão solidariamente por eventuais infrações à *lex artis*. Nesse caso, haverá necessidade da prova da culpa do membro da equipe, mas não do médico e do hospital, pela escolha ou supervisão, facultada a ação de regresso destes contra o real causador do dano. De outro lado, em casos de serviços de enfermagem corriqueiros, que se encontram dentro do quadro habitual de competência dos auxiliares médicos, quando levados a cabo sem a presença de um médico, somente a clínica será, contratualmente, responsável.<sup>711</sup>

Em pleito trazido ao crivo do Supremo Tribunal de Justiça português, a determinado cirurgião buscava-se imputar a responsabilidade pelos atos da enfermeira que trouxe para a sala de operações, a pedido do médico, um candeeiro auxiliar cuja lâmpada não era tecnicamente adequada para ser utilizada durante a operação e que, por isso, provocou no quadrante inferior esquerdo do abdômen do paciente, uma queimadura de terceiro grau. O Tribunal reconheceu a responsabilidade do Hospital, mas, quanto ao médico, entendeu não ser possível culpá-lo pela utilização do dito candeeiro, porquanto “nada fazia crer a um cirurgião normalmente atento e diligente que o Hospital tivesse, para ser usado na sala de operações, um candeeiro que, usado para fornecer luz ao campo operatório, provocasse, nessa zona, queimaduras de terceiro grau ao paciente.”<sup>712</sup>

---

jurisprudência de que, para responsabilizar o hospital, tem de ser provada especificamente sua responsabilidade como estabelecimento empresarial em relação a algum ato vinculado, ou seja, decorrente de falha de serviço prestado. Assim, quando a falha técnica é restrita ao profissional médico, mormente sem vínculo com o hospital, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. Precedentes citados: REsp 908.359-SC, DJe 17/12/2008, e REsp 258.389-SP, DJ 22/8/2005 (REsp 764.001-PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 4/2/2010).

<sup>710</sup> BARBOZA. Responsabilidade civil médica no Brasil (2005), p. 80.

<sup>711</sup> DIAS. Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade médica (1993), p. 44.

<sup>712</sup> 27-04-2004 - Revista n.º 688/04 - 6.ª Secção - Afonso Correia (Relator), Ribeiro de Almeida e Nuno Cameira (vencido quanto ao montante da indemnização).

De outro lado, questiona-se sobre a possibilidade de se pactuar a exclusão ou limitação da responsabilidade do médico por atos praticados por membros de sua equipe. Nesse sentido, esclarecedor é o artigo 800º, nº 2, do Código Civil português<sup>713</sup>, que permite a limitação ou exclusão, desde que não consista em violação de deveres impostos por normas de ordem pública. Em uma primeira vista, poder-se-ia defender a possibilidade de pactuar a exclusão. Todavia, tratando-se de atividade inerente ao próprio objeto da atividade médica, que, por sua vez, concerne a direitos afetos à personalidade, em especial à vida e integridade física, não se poderá negar o caráter de norma de ordem pública dos deveres de atuação da atividade médica na proteção de tais direitos, o que implica rejeitar qualquer validade a tais estipulações contratuais. O médico deverá pautar o dever de escolha dos membros de sua equipe dentro dos mesmos parâmetros de cuidado com que desempenha sua atividade, visto que esta dependerá de tais escolhas, ou, por que não dizer, faz parte da própria atividade médica o dever de escolha e supervisão de sua equipe.<sup>714</sup> Tratando-se de proteção de direitos essenciais do paciente, não há outra alternativa senão negar validade a toda e qualquer cláusula excludente da responsabilidade médica. A vida, a saúde, a integridade física são direitos indisponíveis. Toda cláusula contratual que limite ou exclua tais direitos deverá ser tida como inválida. O mesmo tratamento é conferido pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro, que impõe nulidade de pleno direito às cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de serviços que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos (art. 51, I).

Diversa será, como observado, a hipótese do consentimento informado conferido para tratamentos de alto risco, quando não restem mais outras alternativas consagradas que apresentem resultado satisfatório, conforme o estado atual da técnica. Nesse caso, não se trata de cláusula excludente da responsabilidade, mas do exercício da autodeterminação do paciente na assunção de riscos em seu direito natural de preservação de sua subsistência.

---

<sup>713</sup> “2. A responsabilidade pode ser convencionalmente excluída ou limitada, mediante acordo prévio dos interessados, desde que a exclusão ou limitação não compreenda actos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública.”

<sup>714</sup> Cf. DIAS, op. cit, pp. 47-49.

## 7.2 Responsabilidade por ato do anestesista

A responsabilidade do cirurgião chefe pelos atos do anestesista tem levantado polêmicas, na medida em que este, como membro da equipe cirúrgica, se subordinaria ao comando daquele. A especialização e autonomia da atividade, todavia, desafiam o conceito de subordinação e a possibilidade de caracterizar-se a solidariedade obrigacional do dever de indenizar do cirurgião chefe perante erros praticados pelo anestesista.<sup>715</sup>

Parte da doutrina<sup>716</sup> tem sustentado a existência de verdadeiro contrato autônomo entre paciente e anestesista, visto que este deverá entrevistar aquele, colher informações, e, eventualmente, realizar exames necessários para a escolha da medicação e posologia adequada ao tipo de cirurgia.<sup>717</sup> Nesse sentido, estabelece-se autêntica relação contratual, depositando o paciente a confiança necessária na pessoa do próprio anestesista. Se tais cuidados e apresentação prévia não foram realizados, é questão mais gravosa, implicando inclusive responsabilidade por omissão do próprio anestesista.

Deve-se considerar ainda a inconveniência de submeter à inspeção do cirurgião a realização do trabalho do anestesista, que atine a outra especialidade e cujos conhecimentos são muito próprios, não podendo ser estes exigidos também do chefe de cirurgia o qual nem sequer poderá ser considerado apto a se opor à decisão daquele que se apresenta com maiores conhecimentos da técnica.<sup>718</sup>

---

<sup>715</sup> Segundo MELO, os erros mais comuns na realização de anestésias são erro de diagnóstico ao avaliar o risco anestésico e a resistência do paciente, erro terapêutico na administração da medicação e escolha da substância inadequada (MELO. Responsabilidade Civil por erro médico [2008], p. 110).

<sup>716</sup> Cf. DIAS, op. cit, pp. 44-45; GIOSTRI. Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação (2003), p. 176; ADAMS, O. C. Medical Malpractice: Misuse of *res ipsa loquitur* (1961), p. 1046; KFOURI NETO. Responsabilidade civil do médico (2007), p. 269.

<sup>717</sup> A Resolução 1363/93 do Conselho Federal de Medicina brasileiro prevê em seu artigo 1º, I: “antes da realização de qualquer anestesia é indispensável conhecer, com a devida antecedência, as condições clínicas do paciente a ser submetido à mesma, cabendo ao anestesista decidir da conveniência ou não da prática do ato anestésico, de modo soberano e intransferível.”

<sup>718</sup> Em *Marvulli v. Elshire*, 27 Cal. App. 3d 180, 103 Cal Rp 461 (1972), um paciente, submetido a uma hemorroidectomia, desenvolveu uma reação adversa causada pelo anestésico epidural causal. O anestesista decidiu então recorrer a injeções intravenosas de pentato de sódio, em consequência do

AGUIAR JR reconhece a autonomia do trabalho executado pelo anestesista, isentando o cirurgião da responsabilidade, sempre que não tenha havido sua participação nas decisões tomadas. Entretanto, quando a escolha fora do cirurgião, acolhe a responsabilidade pela culpa *in eligendo*.<sup>719</sup> FIGUEREDO TEIXEIRA, por sua vez, exclui a responsabilidade do cirurgião pelos atos do anestesista nos períodos pré e pós-operatórios, mas considera que, durante a cirurgia, as circunstâncias poderão gerar solidariedade.<sup>720</sup>

Segundo DEMOGUE, ainda que se considere atividades distintas, há responsabilidade solidária, sempre que ambas colaborem a um mesmo resultado indivisível: *“si par des contrats différents deux personnes doivent collaborer à un même résultat indivisible, en cas d’inexécution il y a solidarité entre elles, car chacune est cause de l’entier dommage”* (em tradução livre: “se por contratos duas pessoas diversas obrigam-se a colaborar a um mesmo resultado indivisível, em caso de inexecução há solidariedade entre eles, caso qualquer um deles tenha dado causa a todo o dano”).<sup>721</sup> No mesmo sentido, caminha ARNALDO RIZZARDO, posicionando-se pela responsabilidade solidária do chefe de cirurgia.<sup>722</sup>

A jurisprudência francesa, historicamente, se mostrou dividida em saber se a responsabilidade de médicos que auxiliam na cirurgia (como o anestesista ou o pediatra perante o obstetra) seria própria ou se esses funcionariam como prepostos do cirurgião.<sup>723</sup> A controvérsia se dá por conta da tratativa diferenciada conferida pelo

---

que a respiração da paciente estancou durante breves instantes. Após reanimação, a cirurgia foi finalizada e a paciente, colocada sob observação na UTI. Seis dias depois sofreu pioras e restou inconsciente por 10 dias. Quando despertou, restava impossibilitada de andar, conversar e enxergar. A ação judicial foi proposta contra o cirurgião, o anestesista e o hospital, mas o tribunal considerou ser o anestesista o único culpado, visto que fora ele quem, com absoluta autonomia em relação ao cirurgião, escolheu e administrara os anestésicos, não podendo este último ser responsável pelos atos negligentes praticados pelo primeiro.

<sup>719</sup> AGUIAR JR. Responsabilidade civil do médico (2000), p. 156

<sup>720</sup> TEIXEIRA. A responsabilidade civil do médico (2000), p. 198.

<sup>721</sup> Cf. DEMOGUE. Traité des obligations général, t. VI (1931), p. 343.

<sup>722</sup> RIZZARDO. Responsabilidade Civil (2009), p. 339.

<sup>723</sup> Paris, 14.2.1958, Tribu. Grande Instance, Lyon, 28.11.1973. Situações de culpa *in eligendo* podem se observar em Cass. Civile., 21.11.1978 (D. 1980, J. R. 170 com nota de PENNEAU); T Grande Instance Toulouse, 11.1.1960 (J.C.P. 60, 11591, obs R. Savatier; D, 1960, 662). Casos de culpa *in vigilando* podem ser encontrados em Trib. Corr. Marseille, 24.2.1977 (Gaz. Pal. 1978, I, 79, com nota de DOLL); Cass. Crim., 18.11.1976 (D. 1977, I.R 24; J.C.P. 77, 18617) ( falta de vigilância do operado e de assistência por um enfermeiro qualificado) Toulouse 24.4.1973 (falta de verificação do exato conhecimento do estado do doente e inobservância de certas precauções por parte do anestesista). Quanto à culpa *in instruendo*

Código de Deontologia Médica e o Código Civil. De um lado, o artigo 59 do Código de Deontologia Médica prevê que, quando vários médicos colaboram para o exame ou tratamento de um mesmo doente, cada um dos práticos concorre com suas responsabilidades pessoais.<sup>724</sup> Corroborando tal dispositivo, é o sentido do artigo 10 do mesmo diploma que preleciona que o *médico não pode alienar sua independência profissional de forma alguma*.<sup>725</sup> O artigo 1384, 5, do Código Civil francês, todavia, imputa como responsáveis *os mentores e os comitentes, do dano causado pelos empregados e prepostos dentro das funções nas quais foram empregados*.<sup>726</sup>

Na Argentina, a jurisprudência assinala pela responsabilidade solidária do chefe de equipe pelos atos do anestesista, concebendo uma coesão entre ambas as tarefas.<sup>727</sup>

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro prevalecia o entendimento de que, a despeito da independência das funções de anestesista, não se pode negar que ele é escolhido pelo cirurgião, portanto, deve este responder pela culpa *in eligendo*.<sup>728</sup> Em 2011, todavia, a segunda seção, instada a se manifestar sobre a controvérsia em sede de embargos de divergência, por maioria, entendeu que

---

cfr Cass, crim 9 Nov, 1977, D. 1978, I.R. 71 com nota de ROUJOU DE BOUBÉE (insuficientes instruções dadas a terceiros. Dias. Culpa médica (1995), p. 26 e 27.

<sup>724</sup> “Lorsque plusieurs médecins collaborent pour l’examen ou le traitement d’un même malade, chacun des praticiens assure ses responsabilités personnelles. Il est ainsi, par exemple, dans l’équipe que forment les chirurgien et les praticiens auxquels il est fait appel”.

<sup>725</sup> “Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit”.

<sup>726</sup> “Les maitres et les commettants, du dommage causé par les domestiques et préposés dans les fonctions ausquelles ils les ont employés”.

<sup>727</sup> CNCiv., Sala L, 25/7/94, “Romero, Norma y otros c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, JÁ 1995-I-509, apud LÓPES MESA; TRIGO REPRESAS. Responsabilidad civil de los profesionales (2005), p. 443.

<sup>728</sup> Em outro julgado, o relator, ministro WALDEMAR ZVEITER assevera que “Se é verdade, assim, não se poder atribuir, como na hipótese dos autos, qualquer responsabilidade profissional, moral ou penal, pelas lesões sofridas pela autora, ao cirurgião, da responsabilidade pela escolha do anestesista não pode ele se eximir. Pela culpa in eligendo é solidário com o anestesista no dever de indenizar, não se lhe negando, porém, o direito de regresso contra o culpado pelo ato ilícito, no caso o anestesista.” É o teor da emenda: CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CIRURGIÃO (CULPA IN ELIGENDO) E DO ANESTESISTA RECONHECIDA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 07/STJ. O médico chefe é quem se presume responsável, em princípio, pelos danos ocorridos em cirurgia, pois, no comando dos trabalhos, sob suas ordens é que executam-se os atos necessários ao bom desempenho da intervenção. II – Da avaliação fática resultou comprovada a responsabilidade solidária do cirurgião (quanto ao aspecto in eligendo) e do anestesista pelo dano causado. Insuscetível de revisão esta matéria a teor do enunciado na súmula 07/STJ (REsp 53.104-7/RJ. Relator Ministro Waldemar Zveiter. Publicado em 16/06/99, RSTJ, Vol. 97, p. 179.

somente haverá responsabilidade solidária, se houver subordinação, o que não ocorre, quando da existência de especialidades médicas diversas, o que implica autonomia.<sup>729</sup>

Entende-se que a responsabilização do cirurgião chefe por atos de anestesista milita contra a independência funcional e em nada colabora para o estímulo à eficiência do serviço prestado. Em meio a todas as preocupações e cuidados inerentes ao desempenho das próprias funções, conferir ao cirurgião também o dever de supervisão dos atos do anestesista, representa um necessário desvio de atenção de suas próprias atribuições. Além disso, exigir-se-iam conhecimentos próprios de atividade para a qual não se especializou. A tendência, não só na medicina, mas também em vários segmentos profissionais, é a concentração do conhecimento. A

---

<sup>729</sup> No recurso especial advindo de ação de indenização por danos materiais e morais, por erro do anestesista durante cirurgia plástica, a tese vencedora inaugurada pelo Min. Luis Felipe Salomão estabeleceu que, se incontroversa a culpa do anestesista pelo erro médico, responde o cirurgião-chefe solidariamente. Apontou que cabe ao cirurgião chefe a escolha dos profissionais que participam da sua equipe, podendo até se recusar a trabalhar com especialistas que não sejam de sua confiança. Consequentemente, explica que, no caso de equipes médicas formadas para realização de uma determinada intervenção cirúrgica, o cirurgião chefe, que realiza o procedimento principal, responde pelos atos de todos os participantes por ele escolhidos e subordinados a ele, independentemente da especialização, nos termos do art. 1.521, III, do CC/1916 e art. 932, III, do CC/2002 c/c com os arts. 25, § 1º, e 34 do CDC. A tese vencida, em tal ocasião, defendida pelo Min. João Otávio de Noronha, Relator originário, consistia em que, diante do desenvolvimento das especialidades médicas, não se pode atribuir ao cirurgião-chefe a responsabilidade por tudo que ocorre na sala de cirurgia, especialmente quando comprovado, como no caso, que as complicações se deram por erro exclusivo do anestesista, em relação às quais não competia ao cirurgião intervir, e também afasta a responsabilidade solidária do cirurgião chefe, porquanto não se pode atribuir responsabilidade solidária pela escolha de anestesista de renome e qualificado. O Min. Aldir Passarinho Junior acompanhou a divergência com ressalvas quanto à tese da responsabilidade do cirurgião chefe em relação ao anestesista, pois depende de cada caso (REsp 605.435-RJ, Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 22/9/2009). Ocorre que, em sede de embargos de divergência, a segunda seção do STJ, em julgamento apertado, decidiu pela inexistência de responsabilidade solidária do cirurgião chefe. A então relatora, ministra Nancy Andrighi, que acabou sendo vencida, acentuou que, uma vez caracterizado o trabalho de equipe, deve ser reconhecida a subordinação dos profissionais de saúde que participam do procedimento cirúrgico em si, em relação ao qual a anestesia é indispensável, configurando-se verdadeira cadeia de fornecimento do serviço, nos termos do artigo 34, c/c artigo 14, ambos do Código de Defesa do Consumidor. Acrescentou que “esta Corte Superior, analisando hipótese de prestação de assistência médica por meio de profissionais indicados, reconheceu a existência de uma cadeia de fornecimento entre o plano de saúde e o médico credenciado, afastando qualquer exceção ao sistema de solidariedade”, disse a ministra em seu voto. Os ministros Massami Uyeda, Luis Felipe Salomão e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a relatora. Entretanto, os ministros Raul Araújo, Isabel Gallotti, Antônio Carlos Ferreira, Villas Boas Cueva e Marco Buzzi divergiram parcialmente da relatora. Segundo o Ministro Raul Araújo, relator para o acórdão: “Em razão da moderna ciência médica, a operação cirúrgica não pode ser concebida apenas em seu aspecto unitário, mormente porque há múltiplas especialidades na medicina. Nesse contexto, considero que somente caberá a responsabilização solidária do chefe da equipe médica quando o causador do dano atuar na condição de subordinado, sob seu comando. Se este, por outro lado, atuar como profissional autônomo, no âmbito de sua especializada médica, deverá ser responsabilizado individualmente pelo evento que deu causa”.



resposta do direito deve acompanhar as exigências de mercado. Ademais, a autonomia da profissão do anestesista é não só respeitada pelo próprio cirurgião chefe, como de conhecimento do homem médio.

### 7.3 Excludente da responsabilidade por atos de terceiros

Na perspectiva do “papel social” que incumbe ao médico<sup>730</sup>, só lhe poderá ser exigido aquilo que esteja dentro de sua esfera de controle e na medida em que isso corresponda ao comportamento esperado. Tudo aquilo que fugir dessa esfera, deverá ser imputado como fato de terceiro, capaz de romper qualquer relação causal com a atividade realizada pelo médico. Contudo, deve-se fazer a ressalva de que, se o médico toma ciência de que o fato de terceiro estava para ocorrer ou, até mesmo, se tiver sérias suspeitas de que poderá vir a suceder e, podendo evitar o resultado, para isso não se empenhou, não poderá se isentar da responsabilidade. O fato de terceiro para exonerar o agente deve revestir-se de imprevisibilidade ou inevitabilidade, não em termos abstratos, mas apreciado em função do dever que incumbe ao agente.<sup>731</sup>

Ainda que se considere haver relação de preposição entre o médico e outro profissional que com ele participe de determinado procedimento, deverá perscrutar-se se a falta imputada é daquelas que se poderia exigir supervisão do médico responsável. Entende-se que, em qualquer relação de preposição haverá limites, pois situações que fujam às capacidades de previsão de necessidade de supervisão seriam severa e desarrazoadamente imputadas ao médico, seja como *culpa in vigilando*, seja como *culpa in eligendo*. Assim, é certo que cabe ao cirurgião verificar se as suturas foram regularmente realizadas para o fechamento do tecido aberto. Todavia, não seria razoável exigir-lhe que verificasse o conteúdo de certa medicação preparada previamente pelos enfermeiros, do mesmo modo que não se poderá imputar ao médico a culpa pela má fabricação de determinado medicamento. Se haverá responsabilidade do hospital pela contratação de profissionais, sem a devida

---

<sup>730</sup> Cf. JAKOBS. A imputação objetiva no Direito Penal (2000), p. 24.

<sup>731</sup> CRUZ. O problema do nexo causal na responsabilidade civil (2005), p. 186.

capacitação, é outra questão. Mas do médico somente poderá exigir a supervisão de atos que estejam dentro de sua esfera de controle naquele momento.

Percebe-se que, ao desassociar-se a ação do preposto do campo dos deveres de supervisão do médico, desnatura-se do mesmo modo a responsabilidade pela preposição e com isso, a presunção de culpa do comitente.

Também o ato de terceiro poderá conduzir o profissional médico a decisões erradas. Isso se dará com maior expressão no erro de diagnóstico. Tome-se o exemplo de um mastologista que detecta um nódulo em uma das mamas de sua paciente com suspeita de malignidade. Ao retirar a biópsia, esta será enviada a um laboratório anátomo-patológico para análise do patologista. Se este, de forma equivocada, lança em seu laudo a existência de neoplasia, o mastologista será levado à decisão, aparentemente acertada, da amputação da mama. É claro que, em casos como esse, tratando-se de especialidades totalmente distintas, não se poderá exigir outra atitude senão confiar no parecer do profissional que atestou naquele sentido.<sup>732</sup>

O mesmo se poderá dizer, quando pessoas alheias à equipe médica possam alterar o curso causal do resultado, como será o caso de familiares que, ao cuidar do paciente no pós-operatório, não lhe prestam os devidos cuidados, ou ainda erro do farmacêutico, ao entregar medicamento diverso do receitado.<sup>733</sup>

## **7.4 Causalidade alternativa ou disjuntiva nos trabalhos da equipe médica**

### **7.4.1 Contextualização do problema**

Quando o dano é causado por agente pertencente a determinado grupo, sem que, contudo, seja possível identificar quem foi o causador, surge o problema da causalidade alternativa<sup>734</sup>, que tem gerado diferentes posições. O problema se

---

<sup>732</sup> Cf. MORAES. Erro médico e a justiça (2003), p. 439

<sup>733</sup> GIOSTRI. Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação (2003), p. 201.

<sup>734</sup> A questão já encontra suas raízes no Direito Romano, quando alguém era ferido por coisa que despencava de prédio, sem que se pudesse identificar o causador, obrigando à reparação todos os

apresenta de grande relevância para o tema da responsabilidade médica, visto que, em casos de equipes cirúrgicas formadas pelos mais diversos profissionais, será difícil ao paciente identificar o causador do dano, em especial, porque, na maioria das vezes, se encontrava desacordado durante a cirurgia.

Nos Estados Unidos, o *leading case Summers v. Tice* deu os contornos para a identificação do problema, iniciando as crescentes discussões, quando não se fez possível determinar qual dos dois caçadores haveria alvejado fatalmente um terceiro caçador, após disparos feitos na direção deste. A corte entendeu que em situações em que: 1) duas ou mais partes agem em conjunto, causando um único dano; 2) todos os possíveis responsáveis estão presentes no processo; e, 3) eles têm maior conhecimento de quem possa ter causado o ato ilícito, todos deverão ser presumidos responsáveis, de maneira que o ônus da prova passe a ser dos réus de apontarem a responsabilidade do outro, se necessário, para se escusar da responsabilidade.<sup>735</sup>

Posteriormente, as cortes americanas expandiram o método para se aplicar a casos em que o dano tenha sido causado por determinado produto, como um medicamento, mas a vítima do evento não seja capaz de definir qual dos produtores foi o responsável.<sup>736</sup> Para que se possa aplicar a “responsabilidade compartilhada de mercado” (*market share liability*), as cortes entenderam que é necessário 1) haver multiplicidade de produtores como réus 2) que manufaturam produtos idênticos, quando da decorrência do fator causador do dano, 3) que causem o mesmo tipo de lesão, que 4) se deram pelas mesmas características do produto.<sup>737</sup>

---

proprietários (Instituta: Lib. IV Tit. V, L. I). O chamado *effusis et dejectis* foi incorporado na legislação brasileira, no artigo 1529 do Código Civil de 1916, repetido no art. 938 do diploma de 2002.

<sup>735</sup> Summers v. Tice, 199 P.2d 1, 1-2 (Cal. 1948).

<sup>736</sup> Hymowitz v. Eli Lilly & Co., 539 N.E.2d 1069, 1071-72 (N.Y. 1989).

<sup>737</sup> HOMER. Indivisible injury negligence and nuisance cases – proving causation among multiple-source polluters: a estate-by-state survey of the Law for New England, and a proposal for a new causation framework. (2004-2005), p. 78. Em casos de aplicação de medicamentos, também é comum que a ação indenizatória seja movida contra o médico prescritor. Todavia, há uma série de fatores que importam ser avaliados, em especial no que toca ao sistema de informação sobre a posologia e efeitos colaterais, disponibilizado ao médico, que alocam possíveis novos responsáveis, ou mesmo negligência do próprio paciente, enfermeiro, farmacêutico ou outro médico que o sucedeu. Se tais possíveis responsáveis, ou ao menos, corresponsáveis não forem trazidos ao processo, a responsabilidade do médico será consagrada, restando ao mesmo tão somente ação de regresso. Cf. FARRELL. Medication Malpractice: Clais, Culprits and Defenses (1992-1993), p. 68.

No Direito alemão, segundo o § 830º, I, 2, do BGB, quando não se possa aferir quem foi o causador do dano, mas seja certo que tenha sido causado por uma só pessoa de determinado grupo, a solução será a de responsabilizar cada um pela totalidade do dano (responsabilidade solidária). Não é necessário que a ação perigosa conte com o acordo dentre os participantes, mas tão somente que a prática integre um fenômeno unitário, como ocorre em uma cirurgia com a participação de vários profissionais.<sup>738</sup>

O Código Civil japonês (1986), em seu artigo 719, 2ª parte, caminha no mesmo sentido, erigindo a responsabilidade solidária, quando uma pessoa dentre várias tenha causado o dano, sem possibilidade de se identificar o causador. O art. 137 do Código de Obrigações da Polônia (1926) e o artigo 50 do Código das Obrigações da Suíça também preveem a mesma solução, ressaltando a possibilidade de prova da responsabilidade de cada um.<sup>739</sup>

O Código Civil italiano parece caminhar também no mesmo sentido, obrigando solidariamente ao ressarcimento do dano a todos os participantes do grupo aos quais o fato danoso é imputado. Permite a ação de regresso contra aquele cuja culpa restar configurada em maior grau, mas presume-se essa em igualdade, caso não se faça prova em contrário.<sup>740</sup> Observe-se, todavia, que o diploma italiano acrescenta a averiguação do grau de culpabilidade, o que poderá levar, no caso concreto, à discussão sobre a necessidade de se comprovar a existência de participação culposa de todos os integrantes do grupo.

---

<sup>738</sup> LARENZ. Derecho de obligaciones, T. II (1959), pp. 625-626. Larenz faz, todavia, a ressalva de que, para que o ato seja imputado a todos os participantes, deverá ser ilícito para todos. Ainda que o dano pudesse ter sido causado por determinado agente participante do grupo, se este atuava sob o amparo de alguma excludente da ilicitude, não poderá a este ser imputada a responsabilidade a solidária.

<sup>739</sup> ALVINO LIMA. A responsabilidade civil pelo fato de outrem (2000), p. 145; SAMPAIO DA CRUZ. O problema do nexo causal na responsabilidade civil (2005), p. 278

<sup>740</sup> "Art. 2055. Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido (1292) al risarcimento del danno. Colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate (1299). Nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali." Em tradução livre: "Responsabilidade solidária. Se o fato danoso é imputável a mais pessoas, todos são solidariamente responsáveis (1292) ao ressarcimento do dano. Àquele que haja indenizado o dano cabe ação de regresso contra qualquer dos outros, na medida determinada pela gravidade da respectiva culpa e extensão das consequências que lhe foram derivadas (1299). Em caso de dúvida, a culpa singular é presumida igual."

Nos Estados Unidos, sem dúvida o caso mais citado pela doutrina especializada é o *leading case Ybarra v. Spangard*, em que um paciente inconsciente, durante uma cirurgia de apêndice, teve seu ombro lesionado. A Suprema Corte da Califórnia entendeu que o paciente poderia valer-se da regra da *res ipsa loquitur* contra todos os médicos e enfermeiras que, de alguma forma, se envolveram na cirurgia. A responsabilidade se manteria solidária, a não ser que alguém pudesse apresentar provas que o absolvessem. Prevaleceu o entendimento de que uma conspiração de silêncio não poderia privar o paciente de uma indenização. Muito mais dificultosa, ao paciente, seria a prova da responsabilidade de cada agente, do que a não participação no evento danoso por parte de cada um deles.<sup>741</sup>

#### 7.4.2 Individualização e delimitação dos membros do grupo

Conforme visto, pressuposto à problemática da causalidade alternativa é a existência de um grupo, dentre o qual se localiza o real causador do dano, cuja identificação, todavia, não se faz possível. De outro lado, possível e necessária é a delimitação do grupo, formado por duas ou mais pessoas.

De acordo com a concepção sociológica da escola italiana, grupo deve ser entendido como a união de duas ou mais pessoas que compartilham certos princípios e atuam para perseguir um fim comum. O conceito jurídico, outrossim, demandará a existência de uma interação ou laço de coesão dentre seus membros, que permita qualificar os indivíduos como pertencentes ao conjunto.<sup>742</sup> Os membros do grupo devem estar unidos em propósito e comungar das mesmas motivações iniciais. O elo psicológico que os une poderá ser observado na motivação que os leva a se encontrarem no mesmo ambiente, seja pelo interesse (como ocorre no crime de rixa), seja na execução de uma atividade comum (como é o caso de uma equipe cirúrgica). O elemento fundamental é a vontade comum, ainda que desprovida de uma organização.<sup>743</sup> Nesse sentido, os grupos poderão formar-se de maneira espontânea,

<sup>741</sup> 25 Cal. 2d 486, 154 p. 2d 687 (1944).

<sup>742</sup> COMPIANI. Responsabilidad por daños colectivos (2001), p. 73.

<sup>743</sup> DÍAZ. Responsabilidade Coletiva (1998), p. 95.

como são os ocasionais, emotivos ou irracionais, mas sempre haverá entre seus membros um propósito comum, ainda que desconheçam as intenções ou mesmo a existência de outros membros do grupo. Poderão também ser organizados e concertados para a realização de determinado fim, como ocorre com as equipes médicas.<sup>744</sup>

Para COMPIANI, o indivíduo alocado no seio de um grupo perde identidade e autonomia, sob o manto do acionar conjunto que lhe presta especial anonimato e maior poder. O papel do indivíduo se torna difuso e surge como agente impulsor da coletividade de pessoas que desenvolvem uma atividade. A natureza de atividade de risco exercida pelo grupo se deve a circunstâncias extrínsecas de pessoa, tempo e lugar, que a tornam de perigo inerente. A ponderação destas circunstâncias e sua incidência no risco da atividade do grupo deverão ser realizadas em abstrato, prescindindo-se de um juízo de reprovabilidade que poderia merecer a conduta individual de cada pessoa que constitui o grupo. Se, com base em tais considerações, concorre uma clara probabilidade de que o prejuízo suceda (previsibilidade abstrata), haverá o fator de atribuição objetivo. Nesse sentido, o dano se encontrará em uma relação de causalidade adequada, como consequência imediata da atividade de risco exercida.<sup>745</sup>

A jurisprudência americana tem aceitado também contra réus em conjunto que, apesar de terem agido separadamente, causaram lesões indivisíveis. Em *Champagne v. Raybestos-Manhattem, Inc*, cuidou-se do caso de um homem que, tendo trabalhado com amianto e fumado por trinta anos, morreu de câncer de pulmão, quando se entendeu ser razoável o pleito, visto que, no mínimo, se poderá atribuir parcial causalidade ao produto, considerando o tempo de exposição diante da função que desempenhava.<sup>746</sup> A corte estadual do Estado de Maine firmou o entendimento, outrossim, de que é necessário, ao menos, a prova de que a ação individualizada de cada réu tenha sido suficiente para causar alguma lesão, a fim de se

---

<sup>744</sup> Idem, p. 110.

<sup>745</sup> COMPIANI, op. cit., p. 73.

<sup>746</sup> 562 A.2d at 1104, 1112.

aplicar a responsabilidade pela causalidade alternativa<sup>747</sup>, o que nos parece bastante razoável. O mínimo que se deve exigir do autor é a prova de que a carga de responsabilidade que possa ser imputada individualmente a cada um, seja suficiente para causar algum dano ou agravar algum já existente.

Elucidativo é o caso *Spencer v. Baxter International, Inc*<sup>748</sup> em que o autor pleiteava indenização pela morte de sua filha, alegando que esta havia sido infectada pelo vírus da imunodeficiência adquirida (HIV-AIDS) pelo *concentrado de fatores de coagulação do sangue*, quando era tratada para controle da hemofilia. Entretanto, o autor não pôde comprovar sequer uma grande probabilidade de que algum dos produtores da substância teria causado a infecção que a levou à morte. Para a teoria da causalidade alternativa, não é necessária a prova de quem é o responsável, daí justamente sua característica. Mas é necessário que se comprove que algum dos réus é o responsável, ou seja, que o causador do dano é necessariamente algum dos membros do grupo. Além disso, o autor faltou com a prova do quanto a conduta de cada réu poderia ser inserida no nexo de causalidade e, por conseguinte, como poderia ter substancialmente contribuído para o resultado. Para o estabelecimento do nexo causal, baseou-se tão somente em estatísticas gerais.<sup>749</sup> Assim, a falecida filha poderia, em tese, ter sido infectada pelas mais variadas causas, não necessariamente pelo uso do produto. Por tais razões, negou-se provimento. Caso análogo, e com mesma solução, é encontrado na jurisprudência do estado do Rio de Janeiro, em que um paciente homofílico, sujeito a transfusões de sangue contínuas, alegou ter contraído o vírus da AIDS em determinado hospital, por negligência do corpo clínico. Todavia, em depoimento da geratriz do menor, restou claro que este também realizava o tratamento em outros hospitais.<sup>750</sup>

#### 7.4.3 Mensuração da culpa

<sup>747</sup> HOMER. Indivisible injury negligence and nuisance cases – proving causation among multiple-source polluters: a estate-by-state survey of the Law for New England, and a proposal for a new causation framework (2004-2005), pp. 85-87.

<sup>748</sup> 79. 163 F Supp. 2d at 77.

<sup>749</sup> HOMER, op. cit., pp. 88-89.

<sup>750</sup> Apelação Cível Nº 593008808, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alfredo Guilherme Englert, Julgado em 01/04/1993.

Considerando a impossibilidade de identificação do causador do dano, tem-se paralelamente, a princípio, a impossibilidade de se aferir a culpa. Qualquer posição que defenda a responsabilidade solidária dos membros do grupo estará, de algum modo, aproximando-se da responsabilidade objetiva, fundada no risco do negócio.<sup>751</sup> Desse modo, abandonada estará a perspectiva clássica da responsabilidade fundada na culpa aquiliana pessoal. A culpa é concebida coletivamente, em virtude apenas da situação criada por todos os componentes do grupo, sem qualquer averiguação de negligência, imperícia ou imprudência pessoais, a não ser que possa imputar culpa quanto à criação da própria situação de impossibilidade de identificação do culpado.<sup>752</sup>

A imputação de responsabilidade aos integrantes do grupo fulcra-se na coparticipação em uma atividade de risco, que cria um perigo a ela inerente, não aquele próprio do viver em sociedade, mas o de cooperar, intervir, colaborar, em meio a um conjunto de pessoas cuja atividade promova um risco. O dano terá sido gerado coletivamente, sendo a causalidade comum ou conjunta, tornando indiferente a determinação do autor do dano, já que todos os membros do grupo são imputados como copartícipes do risco. O fator de atribuição é o “risco criado pela atividade do grupo.”<sup>753</sup>

A culpa coletiva não será perscrutada na apreciação da desconformidade da conduta com a diligência do homem médio ou *bonus pater familias*. Para ALVINO LIMA, a culpa consiste na participação em atividade que deu ensejo à situação de impossibilidade de produção de prova da culpa individual. A participação na atividade material do grupo, por cada um de seus membros, configura a existência de culpa, sem necessidade de averiguação das condições subjetivas de reprovabilidade da conduta de cada integrante.<sup>754</sup>

---

<sup>751</sup> O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que, em caso em que várias empresas especializadas no corte de pinheiros eram acusadas de abate muito maior do que o contratado, não havendo como saber qual foi a responsável, todas deveriam responder solidariamente (TJ/RS 3ª Câ. Civ., AC 21.062, Rel. Des. Antônio V. do Amaral Braga, j. 08.11.1973). Contudo, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, reformou a decisão. (STF, 1ª T, RE 86446/RS, Rel. Min. Antônio Neder, j. 14.06.1977, v.m.).

<sup>752</sup> Cf. SILVA, Responsabilidade sem culpa (1974), p. 89.

<sup>753</sup> COMPIANI. Op. cit., p. 74.

<sup>754</sup> LIMA. Culpa e risco (1998), p. 102.



#### 7.4.4 Soluções conferidas

A primeira alternativa deve ser sempre a busca da identificação da causa do dano e, conseqüentemente, de seu autor. Os motivos para a individualização da responsabilidade são honestamente óbvios. Impor a responsabilidade apenas sobre aquele que negligentemente causou o resultado danoso é mais do que um meio racional de controlar a ocorrência de acidentes. Determinação individualizada do nexos causal é a expressão do verdadeiro caminho de construção de um modelo de compensação justa e moral.<sup>755</sup>

A doutrina americana, em especial no que toca a lesões surgidas após intervenção de uma equipe cirúrgica, tem estabelecido as seguintes premissas: 1) Se o paciente alegar que a lesão sofrida se deu no curso de um tratamento médico e 2) sustentar sua incapacidade em identificar como ou por quem tal lesão foi causada, 3) a solução será ter como responsáveis todos os que estiveram no controle do paciente, a não ser que possam comprovar que não foram culpados de qualquer erro que tenha dado causa à lesão.<sup>756</sup>

Tal perspectiva assemelha-se à, nomeada no Brasil por Melo da Silva, teoria da culpa desconhecida, em que se procuram parâmetros probabilísticos, a fim de se imputar a responsabilidade àquele com maior probabilidade de ser o autor da causa do evento danoso. Os fundamentos de tal teoria não abandonam a noção de culpa e, desse modo, não poderá ser considerada uma modalidade de responsabilidade objetiva. Em verdade, apela-se para a presunção, orientando-se pelos princípios clássicos da culpa subjetiva. Imputar-se-á culpa a determinado sujeito pelo simples critério da probabilidade, diante da insuficiência de elementos que possam conduzir à responsabilidade do causador do dano. Na ocorrência de determinado evento danoso, ante a impossibilidade de se estabelecer uma relação de causa e efeito, a culpa será imputada àquele que detém o controle do negócio.<sup>757</sup>

---

<sup>755</sup> ROSEMBERG. The causal connection in mass exposure cases (1983), p. 858.

<sup>756</sup> Cf. ADAMS. Medical Malpractice: Misuse of res ipsa loquitur (1961), p. 1049.

<sup>757</sup> SILVA. Responsabilidade sem culpa (1974), p. 88.

Para MONTEIRO DE CASTRO o problema circunscreve-se ao campo da prova. Se a vítima esgotou as possibilidades de produção de prova, comprovando a existência de um grupo e que o autor do dano se circunscreve a um de seus membros, não seria razoável exigir-lhe a identificação. Nesse momento, estabelecida estará a presunção da culpa. Caberá, a cada um dos participantes do grupo identificado, a prova de que não contribuiu para a implementação do resultado.<sup>758</sup> Na mesma esteira caminha ALVINO LIMA, que atribui a cada um dos membros do grupo a responsabilidade pela confusão dos meios de prova. Se a extinção das provas configura em si um prejuízo à vítima, cabe aos causadores deste mesmo prejuízo a reparação da situação criada. Se cada um dos membros do grupo é culpado de ter praticado um ato que, eventualmente poderá ter sido causa do dano e que tenha colaborado para a criação da situação de impedimento da identificação do causador, a responsabilidade, a seu ver, deve ser coletiva, em favor da vítima.<sup>759</sup> No mesmo diapasão, defende ARNALDO RIZZARDO a responsabilidade solidária de todos os participantes da conduta de risco, a qual se fez apta à produção do resultado.<sup>760</sup> Também TRIGO REPRESAS E LÓPEZ MESA se posicionam pela responsabilização de todos os membros do grupo, entendendo que se forma um fato complexo e indivisível, concretizando uma responsabilidade “coletiva” ou “plural”, salvo se algum dos membros fizer prova de sua não participação.<sup>761</sup>

MOSSET ITURRASPE e ZAVALA DE GONZÁLES, com base na teoria da causalidade suposta, vão além, exigindo que o réu prove mais do que sua não autoria. Para se isentar da responsabilidade, o réu deverá comprovar que não fazia parte do grupo. Defendem os autores uma certa socialização do risco, visto que, na ausência de prova em contrário, a responsabilidade deverá recair sobre o membro do grupo, sendo o sujeito acionado simplesmente por pertencer a este.<sup>762</sup>

Essa parece ser mesmo a posição da doutrina Argentina, país em que o tema tem sido objeto de larga reflexão. Para BUERES, se não for possível atribuir a

<sup>758</sup> CASTRO. Responsabilidade civil do médico (2005), p. 144.

<sup>759</sup> LIMA. Culpa e risco (1998), p. 101.

<sup>760</sup> RIZZARDO. Responsabilidade Civil (2009), p. 79.

<sup>761</sup> Cf. LÓPEZ MESA; TRIGO REPRESAS. Responsabilidad civil de los profesionales (2005), p. 515.

<sup>762</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad colectiva. Daño y protección a la persona humana. Buenos Aires: La Rocca, 1993; ZAVALA DE GONZÁLEZ. La responsabilidad colectiva y el art. 119 del Proyecto de Código Civil. Revista La Ley, 1988-D, p. 862 et seq. Apud ARNALDO DÍAZ. Responsabilidade coletiva (1998), pp. 119-121. No mesmo sentido: LLIAMBÍAS. Responsabilidad colectiva o anónima. Revista el derecho, 1979, p. 790.

causalidade a um membro específico do grupo, a responsabilidade deve ser solidária.<sup>763</sup> Segundo COMPIANI, o simples fato de participar do grupo que desempenha a atividade de risco já é suficiente para gerar a relação de causalidade necessária a se imputar a autoria em relação a cada integrante. A participação no grupo implica aceitação tácita dos riscos desenvolvidos por este. Contudo, considera a autora que a participação deve ser relevante e comprometida com os acontecimentos que geram o dano.<sup>764</sup> De outro lado, os demandados poderão isentar-se da responsabilidade, se puderem demonstrar uma dentre duas circunstâncias: a) cada um, de forma individual, sua não participação no grupo; b) a ruptura do nexo causal entre a atividade de risco desenvolvida pelo grupo e o dano, comprovando que este não é produto daquela. Categoricamente, afirma, todavia, que não se libera quem demonstra não ter causado o dano, mas apenas quem demonstra que não participou da atividade de risco do grupo que causou o dano. Conclui, então, posicionando-se pela responsabilidade solidária, ressaltando apenas a possibilidade de ação de regresso contra os demais, quando deverá ser medida a participação de cada um, se isso for possível, para o rateio do pagamento em regresso.<sup>765</sup>

De forma, ao nosso ver, bastante lúcida, posiciona-se em sentido contrário ARNALDO DÍAZ, defendendo não haver razão que justifique idêntica condenação dos que se apresentam como possíveis causadores do dano e daqueles que, comprovadamente, jamais poderiam ter dado causa. “Não é o fato de participar do grupo que fundamenta a reparação, mas a circunstância de ser um dos possíveis autores”.<sup>766</sup> Arnaldo Diaz, então, tomando as soluções legais conferidas às coisas que desabam de habitações comuns (art. 938 do Código Civil brasileiro) e ao crime de rixa (artigo 137 do Código Penal), defende a aplicação analógica, amparando-se no princípio de que é o risco que deve ser tomado como fator atributivo da responsabilidade, de tal modo que, constituindo a atividade como de risco e estando os membros do grupo envolvidos por circunstâncias temporais ou espaciais, maximamente relevantes e que não deixem dúvidas quanto à sua participação no grupo, deverá ser aplicada a responsabilidade coletiva. Facultado estará, de outro

<sup>763</sup> Cf. BUERES. Responsabilidad civil de los médicos (1980), p. 180.

<sup>764</sup> COMPIANI. Responsabilidad por daños colectivos (2001), p. 74.

<sup>765</sup> Idem, p. 75.

<sup>766</sup> ARNALDO DÍAZ. Responsabilidade coletiva (1998), p. 146.

lado, a cada membro do grupo, realizar prova em contrário de sua não participação culposa. Comprovado o nexo causal entre o dano e a ação do grupo, presumida estará a culpa de cada um de seus membros, podendo esta ser elidida por prova em contrário, a qual poderá ser produzida pelo membro que deseje sua exclusão. Contudo, entende o autor que a responsabilidade não poderá ser solidária, mas sim dividida em partes iguais entre todos os membros do grupo e conclui: “Pode parecer iníquo obrigar os eventuais inocentes a contribuir, sequer proporcionalmente, a reparar um dano que efetivamente não causaram, mas o seria mais ainda obrigá-los solidariamente.”<sup>767</sup>

Para SÍLVIO RODRIGUES é inconcebível a tentativa de ampliar o conceito tradicional de culpa, a fim de possibilitar maior êxito no ressarcimento da vítima, de forma a imputar responsabilidade comum, por ato individual de um dos participantes de um grupo causador de um evento danoso, pela simples razão de não ter sido possível provar quem foi o autor do ato ilícito.<sup>768</sup>

De outro lado, SAMPAIO DA CRUZ defende a responsabilidade solidária dos membros do grupo, amparando-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, com sede constitucional, e assevera que o artigo 927 do Código Civil brasileiro prevê uma cláusula geral de responsabilidade objetiva que, se bem interpretado, abrangerá a maior parte dos casos de causalidade alternativa. Para a autora, os benefícios de tal tratativa se revelam 1) na impossibilidade do *non liquet*; 2) na diluição do prejuízo dentre os diversos membros do grupo, deixando a indenização menos onerosa; 3) no estímulo à identificação do agente causador, para que a responsabilidade não recaia sobre todos.<sup>769</sup>

Ainda, para MARTINS-COSTA, tratando-se de ato praticado por equipe médica, caso não seja possível identificar o causador do dano, a responsabilidade recairá sempre sobre o chefe de equipe, como decorrência da relação de preponência e

---

<sup>767</sup> Cf. Idem, pp. 208-210.

<sup>768</sup> RODRIGUES. Direito Civil – Responsabilidade civil (2002), p. 154.

<sup>769</sup> Cf. CRUZ. O problema do nexo causal na responsabilidade civil (2005), pp. 308-309.

preposição. Ainda quando seja possível identificar o culpado, entende a autora permanecer a responsabilidade solidária do cirurgião chefe<sup>770</sup>

Ao nosso ver, fazer todos os membros do grupo responsáveis é conferir àquele que não foi capaz de comprovar a autoria do membro do grupo, privilégio maior do que daquele que obteve êxito em tal desiderato, pois o primeiro poderia então mover ação contra todos os integrantes, garantindo maior liquidez a seu crédito, enquanto o segundo, tão somente em face do autor concretamente identificado. A solução estimularia a desídia processual na produção da prova e no implemento da condição ideal de justiça, qual seja, a responsabilização do causador do dano e tão somente deste. Mais estranha ainda é a solução da solidariedade, pois, além de padecer do mesmo vício referido, deve-se ter em vista que a solidariedade não se presume, deriva da lei ou do contrato (art. 265 do Código Civil brasileiro).

Há situações em que a responsabilidade solidária se justificará, em especial quando a conduta de todos os membros do grupo se torne reprovável, a despeito de apenas uma de fato ter dado origem ao dano verificado. Em caso ícone do tribunal suíço, um grupo de jovens que se divertia lançando foguetes nos transeuntes, acabou lesionando gravemente uma mulher grávida, o que levou à consequente condenação solidária, diante da impossibilidade de identificar o causador.<sup>771</sup> Nesse caso, observa-se que a conduta de todos os membros do grupo era reprovável e, ainda que não se possa imputar a todos a causação direta do resultado, poder-se-á imputar a todos igualmente a participação na instigação mútua da atividade. O comportamento do grupo era simultaneamente anormal em correlação direta com o dano. Mas nos casos em que a atividade coletiva desenvolvida não apresente um caráter culposo e não possa ser vista como a causa do prejuízo, como será o caso de profissionais participantes de uma equipe cirúrgica, a solução não poderá ser a mesma. A conduta dos membros da equipe médica busca minorar os riscos já implementados pela doença ou consequências de um acidente de que padece o paciente. Não há, portanto, reprovabilidade na atividade desenvolvida.

---

<sup>770</sup> MARTINS-COSTA. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia (2005), p. 125.

<sup>771</sup> POSTACIOGLU. Les faits simultanés et le problème de la responsabilité collective. Revue Trimestrielle de droit civile, 1954, p 439, apud ARBERTO DÍAS. Responsabilidade Coletiva (1998), p. 107.

Na averiguação da responsabilidade por erro médico praticado no âmbito da equipe cirúrgica, melhor solução é a adoção de um sistema de presunções. Para tanto, importa que se diferenciem os casos de atuação concomitante, mas sem vínculo de subordinação daqueles em que este se encontra presente. Na existência de um cirurgião chefe, ao qual os demais profissionais envolvidos se encontram subordinados, nos termos da construção da teoria da *res ipsa loquitur*, que exige o requisito de controle sobre os instrumentos da atividade, mais adequado se denota fazer-se presumir a responsabilidade do chefe da equipe cirúrgica, pautando-se pela presunção de culpa pela escolha dos demais profissionais (*in eligendo*) ou nos deveres de supervisão dos atos praticados (*in vigilando*). Caberá então ao cirurgião chefe o ônus da prova, a fim de afastar a presunção ou, ao menos, realizar prova que aponte a culpa de determinado profissional, quando poderá, a depender das circunstâncias, excluir sua responsabilidade ou partilhá-la com o causador direto do dano, em vínculo de solidariedade.

Tratando-se de presunção, não se exige do cirurgião chefe prova contundente, apta a definir com precisão o culpado, mas tão somente prova indiciária, capaz de afastar a presunção ou lançar sobre outra pessoa indícios que indiquem maior probabilidade de ser este o responsável pelo evento danoso, incluindo-se, nesse sentido, a própria vítima, que poderá ter participação culposa.

De outro lado, se a imputação da responsabilidade se circunscreve a dúvida quanto à atuação de profissionais que exercem seu mister, sem que haja um vínculo de subordinação, a solução não poderá, evidentemente, ser a mesma. Tenha-se como exemplo o caso de uma fratura exposta com lesão vascular, que exigirá a atuação de uma equipe ortopédica responsável pela osteossíntese e um cirurgião vascular que fará o reparo dos vasos lesados de maneira independente. Este não se encontra em vínculo de subordinação ao chefe da equipe ortopédica, o que exige a aferição das provas indiciárias, a fim de se estabelecer a presunção da responsabilidade para o cirurgião vascular ou para a equipe da ortopedia (hipótese em que se estabelecerá presunção de culpa do chefe da equipe, nos termos expostos acima). Nesse intento, oportuno é o uso da responsabilidade probabilística.

O risco de se imputar responsabilidade àquele cuja culpa não restou comprovada, senão por indícios probabilísticos que sejam aptos a formar a presunção, não superam os riscos de se imputar responsabilidade a quem em nada corroborou para o resultado, existentes na solução da responsabilidade solidária ou na da repartição dentre os membros do grupo. Em tais, é inevitável que responderão aqueles cujas condutas não são adequadas para a realização do evento danoso. A responsabilidade probabilística ou indiciária tem o escopo de aproximar-se do mais provável, trocando a *certa* imputação equivocada, pela *provável* imputação acertada.

## CAPÍTULO 8

### O ESTABELECIMENTO DE PRESUNÇÕES PARA UMA DISTRIBUIÇÃO EQUÂNIME DO ÔNUS DA PROVA

*Praesumptio relevat ab onere probandi eum cui assistit et in adversarium probandi onus transfert* (a presunção releva do ônus da prova aquele a quem favorece e transfere esse ônus ao adversário).

#### 8.1 Ônus da prova

Segundo DINAMARCO, “ônus da prova é o encargo atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.<sup>772</sup>

Ônus, apesar de frequentemente confundido com obrigação, diverge em sua natureza. Na obrigação há um dever que se dirige ao interesse do credor, enquanto no ônus se subordina um interesse próprio. Como ensina Goldschmidt, o ônus “é um imperativo do próprio interesse”.<sup>773</sup> O inadimplemento da obrigação irá atingir patrimônio jurídico alheio e, portanto, é eivado de ilicitude, mas a inobservância do ônus probatório é uma prerrogativa e corre à conta e risco de seu titular, que poderá ter sua pretensão frustrada. Tal consequência não é automática, visto que o juiz deverá tomar em conta todos os demais elementos presentes nos autos. Nesse diapasão, preleciona o artigo 516 do Código de Processo Civil português: “A dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita.”

---

<sup>772</sup> DINAMARCO. Instituições de Direito Processual Civil, vol. III (2004), p. 71.

<sup>773</sup> GOLDSCHMIDT. Derecho Procesal Civil (1936), p. 8.



A possibilidade de produção de prova não pode ser tida como um direito. Convém muito mais ao interesse do adversário que a parte que afirma não produzir prova do alegado. De outro lado, também não é possível conferir-se esse direito ao réu, pois, que sentido poderia haver um direito cuja verificação dos atos só poderá representar sua derrota? Mas tampouco o tribunal tem o direito a que as partes afirmem e provem. Um dever das partes frente ao tribunal só se sustenta quando, em caso de interesse público, sem a atividade necessária das partes, se torne difícil conferir uma solução à controvérsia firmada. Por isso, a ordem de comparecer pessoalmente ao tribunal se torna um dever de atuar.<sup>774</sup>

ZANETI, considerando a existência de um ônus probatório objetivo e outro subjetivo, defende que, pelo ônus da prova subjetivo, define-se o que deve ser provado por cada uma das partes, no decorrer do processo. O ônus da prova objetivo dirige-se ao juiz, que deverá ponderar o que deveria ficar provado no processo, independentemente de quem tenha apresentado a prova. Desse modo, “o ônus da prova objetivo é aquele que prescinde de toda a atividade probatória desenvolvida pelas partes para estabelecer a verdade dos fatos controvertidos, interessando ao magistrado o que se encontra provado, e não quem o provou.”<sup>775</sup>

O demandado tem interesse em comprovar a inveracidade dos fatos afirmados pelo autor. Mas, como observa CHIOVENDA, se não for feita prova idônea do afirmado na petição inicial, o réu não tem interesse em produzir prova, visto que esta só deverá ser realizada, caso o autor tenha trazido aos autos ao menos indícios de que o que está a dizer é verdadeiro. Caso o autor assim não tenha procedido, o réu poderá limitar-se a negar pura e simplesmente, sem obrigação de realizar qualquer prova. Apenas quando o autor tenha provido as provas do afirmado é que o réu terá interesse em realizar provas. Nesse sentido, poderá fazê-lo de duas formas: a) por meio da contraprova,

---

<sup>774</sup> ROSEMBERG. La carga de la prueba (1956), p. 51.

<sup>775</sup> Flexibilização das Regras sobre o ônus da prova (2011), p. 90. Em sede de conclusão, ZANETI vislumbra dois aspectos atinentes ao ônus da prova. Pelo primeiro, configura-se como regra de conduta para as partes, indicando como estas devem se comportar na instrução probatória, a fim de ser obtido o resultado pretendido (ônus subjetivo da prova). Em um segundo plano, atua como regra de julgamento para o magistrado, orientando-o a como proceder em caso de dúvida, a fim de evitar o *non liquet* (ônus objetivo da prova) (Idem, pp. 176-177).

direta ou indireta, dos fatos provados pelo autor; b) por meio da prova de fatos que não negam o afirmado pelo autor, mas excluem seu direito.<sup>776</sup>

O desatendimento do ônus da prova não configura ato ilícito, ante a liberdade de escolha franqueada ao destinatário da norma, não estando, em consequência, sujeito a sanções. Não obstante, ao deixar de realizar o ato contemplado pela norma, o sujeito submete-se às consequências previstas para a sua inobservância, que podem ou não ser contrárias aos seus interesses. Ao não se incumbir do ônus probatório, a parte se posta em situação de risco de ter de suportar os efeitos desfavoráveis, decorrentes da inércia ou da insuficiência com que laborou.<sup>777</sup>

HAY e SPIER, em uma análise econômica do sistema, apontam a relevância das regras tradicionais de distribuição do ônus da prova, a fim de minorar os custos processuais. A estratégia dominante do réu, perante o ônus da prova ser atribuído a princípio ao autor, é da inércia, visto que, se o conjunto probatório milita contra si, trazê-lo aos autos implicará prejuízos às suas pretensões, enquanto que a inércia de ambas as partes atuará em seu favor. Se, ao contrário, as evidências são favoráveis a seus interesses, sua vitória está garantida, sejam ou não apresentadas as provas, razão pela qual se poderá valer das regras ordinárias de distribuição do ônus da prova, para evitar gastos desnecessários para a produção probatória. Na perspectiva do autor, por sua vez, se o conjunto probatório milita em seu favor, deverá este trazê-lo aos autos, enquanto que, se as provas indicam não lhe assistir razão, o sistema tradicional do ônus da prova irá conferir-lhe naturalmente o desestímulo à provocação do judiciário, a fim de evitar custos inúteis.<sup>778</sup>

Assevera CARNELUTTI que, porque a prova é uma operação, da qual em grande parte depende o custo e o rendimento do processo, se exige que não seja abandonada à livre atividade das partes que dela participam. O direito busca regulá-la com o fim de garantir, do melhor modo possível, os resultados que dela se esperam.<sup>779</sup>

---

<sup>776</sup> CHIOVENDA. *Principii di diritto processuale civile* (1913), p. 777-788.

<sup>777</sup> CREMASCO. *A distribuição dinâmica do ônus da prova* (2009), p. 26.

<sup>778</sup> HAY; SPIER. *Burdens of proof in civil litigation: an economic perspective* (1997), p. 426.

<sup>779</sup> CARNELUTTI. *Sistema di diritto processuale civile* (1936), p. 720.

A diretriz legislativa que segue como regra para a repartição do ônus da prova, tanto no sistema português<sup>780</sup> como no brasileiro<sup>781</sup>, tendo possivelmente como inspiração o Direito italiano<sup>782</sup>, é a de conferir ao autor o ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito e ao réu, a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

No que concerne ao mérito, o demandado pode concentrar sua defesa sobre uma das três proposições do silogismo da sentença. Pode arguir que o preceito jurídico aduzido pelo demandante, em apoio de sua petição, não existe, ou que tem mais pressupostos que os afirmados pelo demandante, ou, ainda, que deve ser interpretado de outra forma. Pode também atacar a conclusão e demonstrar que o preceito jurídico e os fatos aduzidos não admitem deduzir destes o direito reclamado pelo demandante. Ou, finalmente, podem negar a premissa menor, isto é, as circunstâncias de fato, seja

---

<sup>780</sup> Código Civil português: Art. 342. (Ônus da Prova) 1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado. 2. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita. No mesmo sentido: Art. 487. (Culpa) É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa. Importa ainda considerar a relação de subsidiariedade existente no artigo 516 do Código de Processo Civil português já citado: "A dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ônus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita." Nesse sentido, ensina o seguinte julgado do Supremo Tribunal de Justiça português: "Sustenta o R. que houve o acórdão recorrido, confirmativo da decisão da 1ª instância, violou o preceituado no art.º 516 C.P.Civ., mas sem fundamento. Na verdade, em tal disposição legal enunciam-se duas regras: a) a dúvida sobre a realidade de um facto resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita; b) a dúvida sobre o ônus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita. A primeira regra é a consequência da consagração, no direito civil, das normas de distribuição do ônus da prova, posto, em princípio, a cargo da parte a quem o facto aproveita (art.º 342º a 345º C. Civ.): a dúvida sobre a ocorrência de um facto equivale à falta de prova desse facto, pelo que resulta em desvantagem para a parte que tinha o ônus de o provar. A segunda regra constitui também um enunciado de direito material, aliás também parcialmente constante do art.º 342º n.º 3 C. Civ.: é a análise das normas de direito substantivo que, além do mais, permite distinguir o facto constitutivo dos demais, estabelecendo aquele art.º 342º n.º 3 que em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito (v. Lebre de Freitas, Código do Processo Civil Anotado, vol. 2, pág. 402). As normas sobre a distribuição do ônus da prova constituem normas de decisão, pois, se destinam, em primeira linha, a possibilitar a decisão no caso de falta de prova; mas não deixam de influenciar o comportamento das partes, consequentemente levadas a ter a iniciativa da prova para evitar o risco duma decisão desfavorável. Ora no caso "sub judice" não se põe, contrariamente ao pretendido pelo recorrente, dúvida sobre a realidade de um facto ou sobre o ônus da prova. Provado ficou, sem dúvida, que entre ele e o Autor se celebrou um contrato de compra e venda de um veículo automóvel assumindo o R. a posição de vendedor e aquele a de comprador. Não falhou, portanto, como alega a prova nesse sentido, não sendo, justificado o apelo que o recorrente faz ao que se preceitua no aludido art.º 516º C.P.C.. (Acórdão de 29/11/2005. Proc. nº 05A3539. Trib. Rel. Coimbra. Rel. Fernandes Magalhães).

<sup>781</sup> Código de Processo Civil brasileiro: Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

<sup>782</sup> Código Civil Italiano: Art. 2697. Chi vuol far valere un diritto in giudizio (Cod. Proc. Civ. 163) deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

opondo-se diretamente contra sua veracidade, seja expondo de maneira distinta os fatos aduzidos, sobretudo sustentando uma relação jurídica diferente.<sup>783</sup>

A exemplo, observa-se que os artigos 945 do Código Civil brasileiro e 570º, 1, do Código Civil português preveem que a culpa do lesado deverá ser levada em conta no momento da averiguação da responsabilidade do réu. A indenização, nesse caso, poderá ser reduzida ou eventualmente até excluída. Cabe ao médico a prova de que o paciente não lhe comunicou sob eventual alergia a determinado medicamento e, portanto, concorreu para o evento danoso. Para tanto deverá também comprovar que o questionou sobre isso, visto ser parte do dever de informar. É também ao médico que compete a prova de que o paciente não compareceu para trocar os curativos ou que não tomou a posologia adequada da medicação.

Atente-se também para o acréscimo promovido pelo artigo 572 do Código Civil português, que, além de atribuir o ônus da prova da culpa do lesado ao réu, confere ao tribunal o poder de reconhecer de ofício a existência de tal culpa.

Na perspectiva de ROSEMBERG, o juiz só poderá aplicar uma norma, quando comprovados todos os seus pressupostos. Na impossibilidade de aplicação, conclui-se pela aplicação da norma contrária. Com acerto, objeta MÚRIAS que a formulação ignora o fato de que não aplicar a norma poderá implicar também “não decidir”. A incerteza, pelo próprio imperativo de se comprovar os pressupostos da norma, também impediria a aplicação de norma contrária. Segundo o professor da Universidade de Lisboa, a incerteza significa a não comprovação de qualquer dos fatos contrários, o que demonstra a precariedade do argumento da autonomia das normas impeditivas e da dedução da distribuição do ônus da prova, segundo a impossibilidade de se aplicar uma norma, sem a comprovação da existência de seus pressupostos.<sup>784</sup>

Observe-se que as regras de distribuição do ônus da prova são instrumentais à garantia de eficácia do processo, a fim de evitar o *non liquet*. Desse modo, quando da não existência de elementos suficientes para criar a convicção da existência dos fatos, do nexo causal e em especial da culpa, o magistrado não poderá isentar-se do julgamento, mas condenará à sucumbência aquele que detinha o ônus probatório. As

<sup>783</sup> ROSEMBERG. La carga de la prueba (1956), p. 99.

<sup>784</sup> MÚRIAS. Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova (2000), p. 61.

regras de distribuição do ônus da prova, portanto, interessam não só às partes, na medida em que lhes informa as consequências do não cumprimento, mas também ao juiz, destinatário das provas, que poderá valer-se de tal regramento, a fim de estabelecer a sucumbência, quando da inexistência de provas dos fatos alegados.

Por isso, acentua ROSEMBERG, com razão, que o domínio do ônus da prova se inicia, quando termina o domínio da livre apreciação da prova. Se o juiz atravessou esse último, sem poder encontrar a solução, o ônus da prova lhe dá o que a livre apreciação lhe negou.<sup>785</sup>

A fim de preparar aquilo que se pretende trabalhar nesse capítulo, importa distinguir o motivo, o meio e o procedimento da prova. Segundo CHIOVENDA, são motivos da prova as razões que produzem, imediatamente ou não, a convicção do juiz. São meios de prova as fontes das quais o juiz retira os motivos da prova. Finalmente, são procedimentos probatórios o complexo de atividades necessárias para colocarem o juiz em comunicação com os meios de prova ou por reconhecerem o valor da prova.<sup>786</sup>

Embora os meios de prova e os procedimentos probatórios não sejam pertinentes a este trabalho, mas os motivos da prova, propriamente ditos, importa que se faça uma breve digressão inicial sobre a prova pericial, pois se acredita ser nesta que, largamente, têm se amparado os magistrados, para buscar fundamentos à suas conclusões, o que faz do juiz, muitas vezes, um mero homologador da decisão verdadeiramente proferida pelo perito, esvaziando-se de seu papel e renegando outros instrumentos que parecem de tanta ou, quiçá, maior utilidade e potencial de acerto.

## **8.2 Amparo da prova pericial na investigação do erro médico**

### **8.2.1 Pressupostos de adequação da prova pericial**

---

<sup>785</sup> ROSEMBERG. La carga de la prueba (1956), p. 57.

<sup>786</sup> CHIOVENDA. Instituzioni di diritto processuale civile. v. II, (1933), p. 428.

As provas se apresentam como vetores cuja boa utilização é indispensável para o alcance de resultados verdadeiros e justos.<sup>787</sup> Dentre os meios de prova, a perícia encontra especial relevância, quando da averiguação de possível erro médico, ante a investigação de circunstâncias que transcendem o domínio de conhecimento técnico do julgador. Segundo CHIOVENDA, os peritos são pessoas chamadas a expor ao juiz não só suas observações materiais e suas impressões pessoais acerca dos fatos observados, mas também as induções que devem derivar-se objetivamente dos fatos observados ou tidos como existentes. Isto supõe que os peritos devem apresentar determinados conhecimentos teóricos ou práticos ou atitudes em especiais esferas, de tal índole, que não devem ser necessariamente comuns a toda pessoa culta.<sup>788</sup>

A metodologia adequada, de uma forma geral, inicia-se pela elaboração de um plano de trabalho pericial e prossegue com o trabalho de campo. Neste, se fará a observação do caso para a coleta de dados e formulação de uma hipótese, tendo em vista a alternativa que, a princípio, parecia adequar-se à *lex artis*. Em seguida, por meio da técnica adequada, promoverá a possível constatação da hipótese ou refutação desta, em comparação com o corpo de conhecimentos, dados experimentais, experiência própria, tudo para a elaboração da conclusão. No relatório final deverá fazer constar o preâmbulo, a descrição dos exames e provas realizadas, os resultados obtidos, discussão fundamentada desses resultados diante da técnica vigente e a indicação ao juiz dos elementos necessários para a comparação entre a conduta médica e aquilo que usualmente é indicado pela *Lex artis* em casos análogos.<sup>789</sup>

O perito, após análise das condições de saúde pregressa, da personalidade do paciente (em busca de fatores contributivos da lesão), dos relatórios médicos, do nexos causal e das consequências do fato imputado como causa, concluirá sobre três possíveis ângulos: 1) favorável à existência do nexos causal ou à sua probabilidade, em face do estado atual da ciência; 2) favorável à ausência do nexos causal, seja pela impossibilidade cientificamente comprovada seja pela ausência de liame devidamente estabelecido; e, finalmente, 3) em se tratando de constatação de concausas e

---

<sup>787</sup> CREMASCO. A distribuição dinâmica do ônus da prova (2009), p. 13.

<sup>788</sup> CHIOVENDA. Principi di diritto processuale civile (1913), p. 837.

<sup>789</sup> A respeito dos trabalhos do perito médico, Cf. DIAS. Responsabilidade profissional do perito médico (1998), pp. 35-45.

circunstâncias contributivas, conferir parâmetros de avaliação da importância do papel desenvolvido pela causa avaliada.<sup>790</sup>

Faz-se mister que se reconheça, entretanto, que o recurso à perícia não assegura ao juiz uma verdadeira prova técnica, científica e apurada. Não há meios que assegurem ao magistrado a escolha correta de um profissional verdadeiramente gabaritado, para opinar sobre o assunto. É o velho mito da indicação de “um bom médico” por terceiros de nosso ciclo social. Constantemente se recorre a profissionais indicados por pessoas de confiança, acreditando na experiência positiva que tiveram. Ocorre que, em regra, tais pessoas não detêm os conhecimentos técnicos para, com propriedade, poder afirmar a competência do profissional que estão a indicar. Em verdade, é a forma como o profissional se apresenta, como se comunica, o conteúdo das explicações conferidas e todo o arcabouço do marketing pessoal que geram a aparência de competência que é repassada, afirmada e crida como verdadeira. Na realidade, apenas um profissional gabaritado da área que observasse a atuação do outro profissional, é que teria condições de afirmar, com segurança, sobre suas habilidades. Não é esse também o caso do juiz, que recorre a fontes não seguras, para se assegurar da competência do perito. Aliás, encontrar alguém que se prontifique já é uma conquista; não há muitas possibilidades de escolhas.

Igualmente, como bem esclarece LORENZETTI, deve-se cuidar, para que a prova pericial não se baseie em presunções. O processo de ilação é uma faculdade exclusiva da esfera de competência do magistrado. A prova deve apresentar os indícios, para que o juiz possa realizar a inferência. O perito deve aclarar os fatos ao juiz, mas não substituí-lo, realizando inferências lógico-jurídicas. Ao perito cabe situar o magistrado quanto ao procedimento médico utilizado, a escola de medicina a que adere o profissional, os *standards* tomados em conta, o que era aconselhável segundo a ciência e aquilo que, de fato, fora realizado. Para tanto, deve basear-se em bibliografia médica atualizada e evidenciar os dados que fundamentam suas conclusões.<sup>791</sup>

Não é dado ao perito valorar a conduta médica e, assim, concluir pela existência de culpa, pois, do contrário, estaria em verdadeiro exercício da jurisdição -

<sup>790</sup> Cf. CALABUIG. Nexo de causalidad en valoración del daño corporal (1997), pp. 23-31.

<sup>791</sup> LORENZETTI. Responsabilidad civil de los médicos, tomo II, p. 257.

poder e responsabilidade que cabe tão somente ao magistrado. Deve se restringir apenas a apontar a técnica usualmente utilizada em casos análogos, as alternativas existentes e em especial os riscos presentes em cada uma das opções de que poderia se valer. Nesse processo, inevitavelmente, o perito acabará, por vezes, valendo-se de juízos dedutivos, de sua própria percepção e até mesmo de presunções, cabendo ao juiz exercer o devido filtro sobre tais conclusões.

O que não se poderá perder de vista é que a valoração do fato é atividade própria do exercício da jurisdição e ao perito não poderá ser delegada. Ao magistrado pertence o poder-dever de concluir pela existência de culpa que, como já enfatizado, tem como elemento a reprovabilidade social da conduta.<sup>792</sup> O juiz deverá confrontar a eventual indicação por parte do perito de contrariedade à *lex artis* com as alternativas existentes, avaliando a provável eficácia destas, os riscos existentes em cada uma, perscrutando a vontade da vítima em seu poder de autodeterminação, tomando em conta os termos do consentimento informado e ponderando as concausas e demais variantes do caso concreto, a fim de concluir pela exigibilidade ou não de conduta diversa e consequente reprovação da conduta.

O percurso ideal é aquele em que o perito colabora, indicando subsídios da experiência técnica ignorados pelo juiz, que permitem a compreensão da *lex artis*. Para tanto, deverá valer-se de literatura especializada (para que confira subsídios à sua opinião) e destacar os elementos de relevância nos exames realizados ou já presentes nos autos processuais, que permitam a necessária compreensão da adequação da conduta, bem como sua relação com o evento danoso experimentado.<sup>793</sup> Em síntese,

---

<sup>792</sup> É assim que, quando a norma se utiliza de termos como “meio cruel” para indicar a qualificadora de determinado crime, caberá ao perito indicar qual o meio utilizado para a prática do delito, mas ao magistrado caberá a conclusão sobre a existência ou não de crueldade.

<sup>793</sup> Segundo Carnelutti: “Se o perito indica *regras* em vez de  *fatos*, isso significa que colabora com o juiz na dedução dos fatos, a qual exige, precisamente, a aplicação e, portanto, o conhecimento de tais regras. Esta nota da colaboração ou da assistência ao juiz é comum tanto ao perito que indica unicamente as regras, como ao que à vez as indica e as aplica: não existe aqui diversidade senão na medida, mais intensa ou mais limitada, segundo os casos. Portanto, o caráter essencial da perícia na dedução é sempre o de que o *perito deduz ou fornece os elementos necessários para deduzir, por incumbência do juiz*...A função do perito é, portanto, no campo da dedução, perfeitamente paralela à que foi reconhecida por mim no campo da percepção, uma vez que se trata de uma função essencialmente unitária: em ambos os casos o perito aparece não como uma fonte de prova, e sim como um meio de integração da atividade do juiz” (A prova civil [2005], pp. 118-119).



não é dado ao perito julgar, mas tão somente conferir e destacar elementos técnicos não conhecidos pelo magistrado.

A prática judicial, todavia, tem se distanciado dessa orientação e consagrado ao perito funções atinentes ao exercício da jurisdição. Seja por comodismo ou por temor em se aventurar em campo estranho à sua área de conhecimento, percebe-se por parte do judiciário uma constante “homologação de laudos periciais” ou a conferência de força conclusiva à posição do perito, em desaconselhada omissão ao seu próprio mister.<sup>794</sup>

Não se permite ao magistrado esconder-se sob o manto de uma pseudo autoridade científica do perito e, assim, esquivar-se do poder-dever de valoração e ponderação dos elementos trazidos aos autos. Importa ter em mente que nem sequer os dados científicos conferidos pelo perito, por mais competente que esse seja (o que será afirmação sempre incerta), poderão ter crédito inquestionável. Como adverte TARUFFO, o mito da ciência que fornece sempre certeza absoluta está em tempos de crise e vale ter em conta que a ciência poderá trazer informações relevantes para a avaliação do fato, as quais, entretanto, poderão ser incompletas, vagas, sujeitas à revisão ou discutíveis, sem a capacidade de por si só resolver o problema da veracidade dos fatos afirmados.<sup>795</sup>

O poder pertencente ao juiz de valorar a conduta, reconhecer a existência de culpa e imputar responsabilidade é também um dever, do qual não pode isentar-se ou mesmo delegar. As conclusões do perito deveriam restringir-se apenas ao campo da técnica. O raciocínio silogístico para o reconhecimento do nexo de causalidade, da culpa e da imputação de responsabilidade deve ser deixado a cargo do magistrado. Por tais razões, as inferências deverão restar ao encargo exclusivo do juiz.

Tome-se como exemplo ilustrativo o caso de erro médico da jurisprudência do estado do Rio de Janeiro, em que o perito imputou responsabilidade ao anestesista, simplesmente por não ter encontrado elementos que indicassem imperícia do

---

<sup>794</sup> O problema não é novo. CARNELUTTI já afirmava, em 1947, quando da edição de sua obra “La prova civile” que: “Hoje em dia se estima, em geral, que o perito não atua somente para a dedução do fato a provar com respeito à fonte de prova, senão também para a própria percepção do fato, seja objeto ou fonte de prova, umas vezes em *substituição* e outras em assistência ao juiz” (A prova civil [2005], pp. 102-103) (grifo nosso)

<sup>795</sup> TARUFFO. La prova scientifica nel processo civile (2005), p. 1090.

cirurgião e assim conclui: "Afastadas as causas cirúrgicas, podemos *inferir* que as lesões enumeradas pela autora decorreram do ato anestésico" (fls. 300/301). (grifo nosso). Percebe-se que, ao contrário do que lhe era exigido, o perito não indicou elementos suficientes para se concluir pela culpa do anestesista, mas inferiu a existência desta do simples fato de não ter encontrado causas cirúrgicas, desconsiderando todos os inúmeros fatores presentes nas interações pessoais da complexa máquina do corpo humano. Na sentença restou consignado pelo magistrado que "... a imperícia que causou as lesões na autora foi da autoria do anestesista." (fl. 1.425). Após recurso de apelação, o acórdão do Tribunal de Justiça, a despeito do claro e desaconselhado uso da presunção nas conclusões do perito, faz constar: "... a prova pericial *foi taxativa* em atribuir a culpa do lastimável evento danoso ao médico anestesista ..." (fl. 1.563) (grifo nosso).<sup>796</sup> Onde estaria a pretensa taxatividade? Ainda que houvesse, bastaria?

CUETO chama a atenção para a diferença entre a perspectiva médico-pericial e a jurídica, quando do juízo de imputação de causalidade e cita o exemplo de um pastor que, vendo suas ovelhas serem atacadas por um cão, corre à cidade em busca de ajuda, quando é acometido de um ataque cardíaco. No juízo médico-pericial, admitir-se-á haver imputabilidade entre a ação do cão e a morte do pastor, por ter o estresse a que foi submetido o pastor, motivado o ataque cardíaco. Por outro lado, a ponderação judicial não atribuirá o prejuízo ao fato do cão, visto que a ação não foi dirigida contra o pastor.<sup>797</sup>

A correta e esperada relação com a prova pericial deve iniciar-se com a própria quesitação. Nesse sentido, deve-se evitar quesitos que exijam conclusões que somente ao juiz cabe conferir, a exemplo: "houve culpa por parte do médico?". Caso tal quesito tenha sido elaborado por alguma das partes, deverá o magistrado indeferi-lo, tendo em vista que ao perito não é dado o mister de valorar a conduta. Os quesitos devem ser objetivos, a fim de conduzir o perito à indicação dos dados técnicos que escapam ao conhecimento do juiz, para instruir sua decisão no poder-dever do exercício da jurisdição.

<sup>796</sup> Apelação Cível 09721/2002 – Décima quinta câmara cível.

<sup>797</sup> CUETO. Imputabilidad médica (1994), p. 41.

Com base na jurisprudência e legislação americana, BROWN elenca 8 requisitos que vêm sendo exigidos para atribuir validade à prova pericial, os quais denominou “portões de entrada”: 1) a perícia deve ser necessária para conferir elementos que a experiência ordinária não possui; 2) o perito deve ter conhecimentos específicos no assunto, tomando-se como parâmetro a sub-especialidade, não sendo suficiente o conhecimento geral; 3) a perícia deve ser exigível, demonstrando uma conexão relevante com a questão duvidosa; 4) o perito deve ser confiável, tanto no sentido do método apresentado como de sua imparcialidade (“methodological-reliability”); 5) a perícia deve apresentar fundamentos idôneos; suas conclusões devem ser razoavelmente fundamentadas; 6) os alicerces da perícia devem ser confiáveis, o que implica dizer que não só deve ser fundamentada e apresentar método adequado, mas também os dados e estudos prévios em que a perícia se baseia, devem ser confiáveis; 7) a perícia deverá basear-se em estudos aceitos pela comunidade científica da área pericial, ou seja, deve ter aceitação da classe a que pertence; 8) a perícia não poderá estar eivada de preconceitos que poderão levar à compreensão errada da questão, distorcendo o fato controverso e com isso, a própria controvérsia.<sup>798</sup>

De outro lado, como deverá o magistrado decidir ante a apresentação de diversas alternativas e distintas opiniões sobre o procedimento adequado? Qual o grau de conhecimento que é exigido do profissional médico? Na jurisprudência norte-americana, o chamado *Bolan Test* surge do leading case *Bolan v. Friern hospital Management Committee*<sup>799</sup> e propõe que o profissional não precisa demonstrar alta habilidade técnica, mas tão somente aquela ordinária de um profissional competente, no exercício de determinada arte. Isso será medido pela especialização com a qual se identifica.<sup>800</sup> Além disso, e em maior relevância, assevera que a prova da imperícia não poderá ser constituída com a opinião de apenas algum outro profissional da área. Um procedimento dentro da técnica aceita e aprovada não poderá ser contestado por um corpo de outros médicos que em um juízo a posteriori asseverem que fariam o

<sup>798</sup> Cf. BROWN, HARVEY. Eight gates for expert witnesses (1999).

<sup>799</sup> [1957] 1 W.L.R. 582, aprovado pelo Privy Council em *Chin Keow v. Government of Malaysia* [1967] 1 W.L.R. 813 e House of Lords em *Whitehouse v. Jordan* [1981] 1 W. L.R. 246; *Maynard v. West Midlands R.H.A.* [1984] 1 W.L.R. 634; and *Sidaway v. Governors of Bethlem Royal Hospital and Maudsley Hospital* [1985] A.C. 871.

<sup>800</sup> Cf. *Maynard v. West Midlands R.H.A.* [1984] 1 W.L.R. 634.

contrário.<sup>801</sup> Em *Maynard v. West Midlands Regional Health Authority*,<sup>802</sup> o réu submeteu seu paciente a procedimentos de diagnósticos, mediastinoscopia, que apresentava riscos de danos às cordas vocais, os quais de fato se materializaram. Após ouvir expertos de ambos os lados, o júri considerou o médico culpado. Contudo, o julgamento foi reformado pela Corte de Apelação e pela Casa dos Lordes. Como afirmou Lorde Scarman, “a preferência do juiz pela opinião de um corpo de reconhecidos profissionais por outro também reconhecido não é suficiente para constatar a negligência de um profissional.”<sup>803</sup>

As sequelas, em especial aquelas ligadas às dores e que, portanto, não são evidentes aos olhos do observador externo, despertam ainda maiores dificuldades no campo pericial. Agora não está em jogo apenas a definição do nexos de causalidade entre a conduta e a sequela, mas a avaliação do nível de dor bem como a individualização dentre outros fatores contributivos. Esta dificuldade está presente, sempre que há entre o traumatismo inicial e a dor crônica um período intermédio silencioso. Nesse lapso de tempo, a falta de um suporte orgânico palpável torna difícil um juízo prognóstico. Nesse período de tempo resta aos peritos, a obrigação de, apoiados em considerações patogênicas ou clínicas, avançar na atribuição de parâmetros classificatórios da dor.<sup>804</sup>

### 8.2.2 Falibilidade da prova pericial

A percepção de dados estatísticos pela simples prática ou envolvimento no assunto tem se mostrado falha e demasiadamente suscetível ao erro. Do mesmo modo que fumantes, a despeito dos riscos inerentes ao tabagismo, acreditam que nada irá suceder-lhes, também o senso crítico de um perito sobre como a média dos médicos agiria em determinadas circunstâncias, pode e provavelmente estará maculada por uma falsa percepção da realidade. Um estudo publicado em 1972 revela que nas

<sup>801</sup> Cf. *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 1 W.L.R. 582 em p. 587-588.

<sup>802</sup> [1984] 1 W.L.R. 582.

<sup>803</sup> *Ibid.*, em p. 587-588.

<sup>804</sup> ALBUQUERQUE; SEIÇA; BRIOSA. *Dor e dano osteoarticular* (1995), pp. 82-83.

previsões quanto à sobrevida para pacientes cancerosos, nos Estados Unidos, apenas 47% dos médicos fizeram prognoses ao menos próximas da realidade e 80-90% dos erros foram por otimismo. Um estudo posterior, publicado em 1987, demonstrou que 88% das expectativas excederam a realidade. Um estudo ainda mais recente mostrou 80% de erros, com 63% de previsões otimistas.<sup>805</sup>

MEADOW e STEIN fazem uso de pesquisa bastante ilustrativa para demonstrar a falibilidade de uma opinião pericial. O experimento visava a mensurar o tempo razoável de administração de antibióticos para o tratamento da meningite, infecção bacteriana no cérebro para a qual, quanto antes for tratada pela administração de antibióticos, melhores são as chances de cura. Foram então selecionados pediatras de pronto socorro e pediatras especializados em doenças infecciosas, profissionais dentre os mais aptos a figurar como peritos em um processo judicial sobre o tema. Foi então submetido a cada um deles um questionário arguindo quanto tempo levaria para se administrar antibióticos, no hospital em que trabalham, a uma criança que é internada com sintomas de meningite. Em seguida, as respostas foram cruzadas com os dados retirados de casos reais de prontuários de crianças que se internaram em um hospital referencial de Chicago. O tempo estimado pelos 55 pediatras de pronto socorro foi de 46 minutos, enquanto para os 23 pediatras de doenças infecciosas foi de 80 minutos. Em grande contraste, averiguou-se que o tempo médio de 93 casos reais foi de 120 minutos. O autor ainda buscou dados da literatura médica, retirados de 200 casos presentes em hospitais da Carolina do Sul e da Califórnia, cujo tempo médio variou entre 114 a 126.<sup>806</sup>

A disparidade dos dados coletados revela que, caso fosse tomada a opinião de um pediatra de pronto socorro, o tempo estimado para enquadramento na *lex artis* seria de 46 minutos, e de 80 minutos, segundo a opinião dos pediatras especializados em doenças infecciosas. Na realidade, entretanto, o padrão médio se encontra na casa dos 120 minutos. Em outras palavras, se em determinado caso levado a julgamento, o tempo de administração tivesse se dado em 110 minutos, possivelmente haveria condenação, se conferida credibilidade à prova pericial, enquanto que, na realidade, o

---

<sup>805</sup> Cf. MEADOW; SUSTEINS. *Statistics not experts* (2001), pp. 632-634.

<sup>806</sup> *Idem*, pp. 636-639.

prazo teria sido inferior ao apresentado em hospital de referência. Se o intento é a aferição do padrão médio de comportamento, daquilo que pode ser razoavelmente esperado de um tratamento médico, a opinião pessoal de um perito se revela bastante deficitária. Os estudos estatísticos, de outro lado, são capazes de espelhar com precisão a média perscrutada.

### 8.2.3 Dificuldades inerentes à prova pericial

A falibilidade da prova pericial não se esgota na sua incapacidade de afirmar com exatidão a culpa médica, mas, em especial, se apresenta nas falsas concepções de acessibilidade, isonomia, isenção e credibilidade, sustentáculos da oportunidade que justificam sua inserção no processo judicial. Em verdade, o perito encontra-se inserido dentro de um mercado que dita suas próprias regras, e imbuído pelo instinto de autopreservação.

Em sistemas como o brasileiro e o português, em que o juiz se faz valer de profissionais de reconhecido saber na área do conhecimento, mas que participam do mercado privado e se relacionam dentro de um sistema de classe, permeado pela importância dos relacionamentos e mútua indicação e pela necessidade de captação de clientela, os peritos podem facilmente ser dirigidos por interesses pessoais, antes do objetivo maior a que serve o processo. O sentimento de corporativismo poderá inibi-lo de atestar um erro médico (o que se convencionou chamar de “conspiração do silêncio”<sup>807</sup>), seja no intuito de proteção daquele com quem se identifica, seja pelo receio de, no dia seguinte, poder ser ele a ocupar a mesma posição. Além disso, sempre o atormentará o pensamento sobre as conseqüências que tal conclusão poderá trazer a seus próprios negócios.

Um juiz americano, de forma crítica e contundente, proclamou: “Qualquer pessoa familiarizada com casos desse tipo sabe que os que se proclamam práticos éticos não irão periciar a favor do autor, a despeito do mérito da causa...Mas a

---

<sup>807</sup> Cf. DIAS, João Álvaro. Responsabilidade profissional do perito médico (1998); SALVAGIO, Dennis L. Torts – Alternative Causation in Medical Malpractice Cases (1971-1972), p. 479 - 473 e MELO. Responsabilidade civil por erro médico (2008), p.172.

despeito do mérito dos argumentos do autor, médicos membros das sociedades médicas irão aos bandos em defesa de seus companheiros acusados de má prática enquanto o autor é deixado, para seu uso pericial, ao lobo ocasional solitário ou alma heróica, que por amor à verdade e à justiça tem a coragem de correr o risco do ostracismo por parte de seus companheiros de prática e cancelamento de seu seguro de licença pública”.<sup>808</sup>

Dentre os inconvenientes de se apresentar como perito médico, surgem os consequentes problemas econômicos. Relata-se que nos Estados Unidos os contratos contêm cláusulas que permitem o cancelamento por qualquer razão ou por razão nenhuma e as seguradoras ameaçam de cancelamento do contrato aqueles que se dispõem a servir como peritos contra outros profissionais.<sup>809</sup> Quando as associações médicas poderiam combater essa prática, denunciando tais abusos e organizando-se contra, na realidade tomam parte em desencorajar seus membros a periciarem contra outros. As próprias associações ameaçam de expulsão, o que impossibilitará o ingresso na equipe de hospitais locais, dificultará em conseguir instalações, maiores custos de seguros e acarretará perda das demais vantagens associativas.<sup>810</sup> A participação das associações na “conspiração do silêncio” leva à errada compreensão de que fere princípios éticos o médico atuar como perito contra outros médicos.

Na dificuldade de encontrar um profissional que se disponha a conferir um laudo pericial, pacientes acabam muitas vezes valendo-se de processos criminais para conseguirem realizar as provas que pretendem produzir, para uma simples ação

---

<sup>808</sup> Huffmann v. Lindquist, 37 Cal. 2d 465, 484, 234 P.2d 34, 46 (1951) (Carter, J., 2d3issenting). Hall, *Malpractice*. In: *Malpractice and medical testimony* 77 Harv. L. Rev. 341 1963-1964, p. 336: “Anyone familiar with cases of this character knows that the so-called ethical practitioner will not testify on behalf of a plaintiff regardless of the merits of his case. . . . But regardless of the merits of the plaintiff’s case, physicians who are members of medical societies flock to the defense of their fellow members charged with malpractice and the plaintiff is relegated, for his expert testimony, to the occasional lone wolf or heroic soul, who for the sake of truth and justice has the courage to run the risk of ostracism by his fellow practitioners and the cancellation of his public liability insurance policy.”

<sup>809</sup> Huffman v. Lindquist, 37 Cal. 2d 465, 484, 234 P.2d 34, 46 (1951) (Carter, J.,divergente); Cf. Julien v. Barker, 75 Idaho 413, 419, 272 P.2d 7,8, 723 (1954). In: *Malpractice and medical testimony* 77 Harv. L. Rev. 341 1963-1964.

<sup>810</sup> Belli, *An Ancient Therapy Still Applied: The Silent Medical Treatment*, 1 VILL22. L. REv. 250, 259 (1956). In: *Malpractice and medical testimony* (1963-1964).

indenizatória. A máquina judicial acaba sendo movida sem a real persecução punitiva do processo criminal.<sup>811</sup>

O magistrado, por seu lado, sente-se inibido a contrariar o laudo pericial, ante o desconhecimento técnico e em meio à falta de outros recursos jurídicos para fundamentar sua decisão. No processo penal português tal dificuldade é ainda maior, pois, para que possa contrariar a opinião do perito, o juiz é obrigado a fundamentar as razões de sua discordância (art. 163, 2 do CPP). Ora, inegável é a dificuldade de fundamentação por parte do juiz em área em que não é técnico.

Além disso, a crescente divisão de especialidades e subespecialidades, ao mesmo tempo que permite um aprimoramento mais aprofundado da área específica de atuação, torna o trabalho de nomeação do perito mais árduo. Ao magistrado, cumpre a tarefa de indicação do profissional mais gabaritado a opinar naquele sentido. Com isso, os assistentes periciais nomeados pelas partes procurarão desqualificar a opinião do perito ou do assistente da parte adversa, alegando maior especialização e trazendo aos autos enxurradas de literaturas médicas, tornando todo o processo ainda mais tormentoso.

Além do mais, não se pode negar que a capacidade financeira da parte para contratação de um perito profissional ou mesmo os contatos de que goza, lhe trarão significativa vantagem processual, maculando a isonomia e equidade que devem ser perseguidas.<sup>812</sup>

### 8.2.2 Necessidade de estruturação de um novo caminho

Por todas as razões apontadas, considera-se que o modelo atual que se verifica na prática jurídica, de decisões pautadas exclusivamente nos laudos periciais, está

---

<sup>811</sup> LLAMAS POMBO. Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba (2000), p.315.

<sup>812</sup> Cf. COUTO FILHO; SOUZA. Instituições de direito médico (2005), pp. 44-48. No intuito de diminuir tais dificuldades, bem vindas são as iniciativas de sociedades de especialistas que têm se encarregado de formar e certificar seus próprios peritos especialistas, como é o caso da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica do Rio de Janeiro que formou seus peritos e enviou a lista com os nomes para a Corregedoria de Justiça do Rio de Janeiro (Aviso 18/2001, D.O de 15/02/2001). O mesmo se deu com a Sociedade Brasileira de Oftalmologia (Aviso 55/2001, D.O 06/03/2001).



maculado dos mais severos vícios, reduzindo o papel do juiz a de um mero homologador da verdadeira decisão, aquela proferida pelo perito, que, por sua vez, se encontra longe dos atributos exigidos para o julgador. Nesse sentido, imperiosa é a conjugação de tal meio de prova com a construção de outros “motivos de prova” e sistemas de distribuição ordenada do ônus da prova, que permitam um conhecimento prévio da carga atribuída a cada parte e um convencimento do juiz que, ao menos em certas circunstâncias, dispense ou relativize a importância conferida à prova pericial, vetoriado, senão pelo conhecimento pleno da verdade, pela aproximação maior desta.

Assim, LLAMAS POMBO leciona que a evolução da jurisprudência e doutrina tem conduzido a construção de diretrizes de proteção da vítima, a fim de garantir a indenização, dentro da concepção de um crédito indenizatório. Assim colaciona:

a) Inversão do ônus da prova, por meio da presunção de que quem causa um dano o faz negligentemente, e a este corresponde o dever de ilidir tal presunção. Sucumbem os princípios da *affirmati non neganti incumbit probatio* (o ônus da prova está sobre aquele que afirma) e *onus probandi incumbit actori* (o ônus da prova incumbe ao autor). A responsabilidade civil passa a ser um crédito indenizatório e não uma dívida de responsabilidade, o que faz do indicado como responsável um devedor até que realize prova em contrário. Isso ocorrerá nas hipóteses em que se verifique a dificuldade probatória do que, feito credor, é considerado parte mais débil (hipossuficiente).

b) expansão da apreciação da prova, critério que vem a conectar o princípio da inversão com os problemas de causalidade.

c) elevação do nível de exigência do cuidado e diligência esperados, considerando as circunstâncias da pessoa, tempo e lugar, não bastando mais o critério do homem médio (bom pai de família), mas demandando-se a *diligentia diligentissimi*.

d) Insuficiência presumida dos cuidados de diligência, do cumprimento das disposições legais e regulamentárias que contemplam a obrigação

de tomar medidas de prevenção, pois, se o resultado se produziu, depreende-se que tais medidas, a princípio, eram incompletas.<sup>813</sup>

A fim de compreender com mais profundidade tais tendências, de tecer as devidas críticas e, em especial, no intuito de construir um novo modelo de distribuição do ônus da prova, com regras definidas e dirigidas à maior aproximação da verdade, que possam instruir o convencimento do magistrado, importa que se faça a devida exposição e análise de novas teorias propostas como alternativa ao sistema ortodoxo de repartição da carga probatória.

### 8.3 Distribuição dinâmica do ônus da prova

#### 8.3.1 Propósito, dimensão e alcance

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova consiste em conferir o ônus probatório àquele que tem melhores condições de produzi-lo.<sup>814</sup> Tem suas origens na concepção de JEREMY BENTHAM,<sup>815</sup> mas ganhou força primariamente no Direito alemão, sob a cunha de bewisumkehr (trânsito cambiante ou em sentido contrário da prova). Para CREMASCO, haveria clara adoção desta nos §§ 282, 285, 831, 891 e 892 do BGB, com respaldo também na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça Alemão para os casos de responsabilidade médica com culpa gravíssima e responsabilidade em matéria de consumo.<sup>816</sup>

Na Espanha, ante as constantes críticas lançadas ao modelo tradicional de distribuição do ônus da prova e já amparada por grande aceitação jurisprudencial da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, houve uma grande mobilização da

<sup>813</sup> LLAMAS POMBO. Responsabilidade médica, culpa e carga de la prueba (2000), pp. 302-303.

<sup>814</sup> LLAMAS POMBO, op. cit, pp. 313-314. Para o autor, diferencia-se da teoria da carga dinâmica, que surgiu em meio às críticas a um sistema estático de distribuição do ônus da prova, propondo a flexibilização de tais regras para evitar injustiças, visto que já pré-definiria regras ao contrário de tal teoria. Deixa, contudo, de demonstrar tais critérios e caminha em sentido diverso da maior parte da doutrina, sem que faça qualquer distinção.

<sup>815</sup> "En un régimen de justicia franca y simple, en un procedimiento natural, es muy fácil contestar. La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos" (BENTHAM. Tratado de las Pruebas Judiciales, (1971), p. 149.

<sup>816</sup> CREMASCO. A distribuição dinâmica do ônus da prova (2009), p. 69.

comunidade jurídica local nos trabalhos de elaboração da nova Ley de Enjuiciamiento Civil española, que propôs um *informe al anteproyecto de ley de enjuiciamiento civil*, para incorporar a distribuição dinâmica do ônus da prova, em razão do critério da maior facilidade ou domínio do fato por cada uma das partes. A proposta alcançou êxito, dando origem ao enunciado de nº 7, presente no art. 217 da Lei 1/2000, que, sem abandonar as regras tradicionais do ônus da prova presentes nos números anteriores, encampa expressamente a possibilidade de descolamento do ônus da prova, em razão do critério da maior facilidade em produzi-la: “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.”

No que concerne ao tema deste trabalho, importa ressaltar que não é sempre o médico que terá melhores condições de realizar a prova. Mas não se pode negar que é o médico que detém o domínio da técnica, as informações do que realmente sucedeu, de quais tratamentos foram realizados, de quais equipamentos foram utilizados, de quais medicamentos administrados, etc.

Para que haja a desconsideração das regras tradicionais de distribuição do ônus probatório, a teoria da distribuição dinâmica impõe a presença de dois elementos: 1) que haja impossibilidade ou grande dificuldade daquele que afirma a existência do fato para produção de provas e esclarecimento da verdade; 2) que a parte adversa tenha possibilidade de realização da prova, sem grandes custos ou dificuldade.

Segundo ZANETTI, a posição privilegiada de uma das partes decorre, dentre outros fatores:

“a) do papel que essa parte desempenhou no fato gerador da controvérsia; b) de estar essa parte na posse de coisas ou documentos essenciais à instrução probatória; c) de ser essa parte a única que dispõe da prova; d) de razões técnicas, profissionais ou jurídicas que tem essa parte em determinado caso concreto.”<sup>817</sup>

---

<sup>817</sup> Em defesa da aplicação da teoria assevera: “Isto posto, não é difícil concluirmos alguns motivos para a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova, dentre os quais destacamos: buscar a verdade, viabilizar a igualdade processual das partes, possibilitar o direito à prova de forma equilibrada, bem como real e efetivo acesso à Justiça, evitar a “prova diabólica” ou impossível para uma das partes, conferir a prova à parte que tem melhores condições de auxiliar o juiz na descoberta da verdade, etc.” ZANETTI. Flexibilização das Regras sobre o ônus da prova (2011), p. 121. A fim de justificar sua aplicação no sistema brasileiro, sem necessidade sequer de alteração legislativa, fundamenta-se o autor em

As dificuldades probatórias levam à exigência de se conferir o ônus da prova a quem tenha melhores condições de produzi-la. Segundo ALONZO PÉREZ, a distribuição dinâmica do ônus da prova será o fiel da balança, servindo-se das circunstâncias que denotam *prima-facie* quem é o culpado.<sup>818</sup> Por tal sistema, tanto médico como paciente devem contribuir para a produção de provas necessárias a elucidar a verdade dos fatos. O médico deverá produzir provas que demonstrem sua diligência; que justifiquem o diagnóstico e/ou o procedimento utilizado; que evidenciem o emprego de conhecimentos e técnicas esperados, tendo em vista que se encontra em melhores condições de produção de tais provas. A doutrina caminha como expressão do princípio da hipossuficiência, do *favor debilis*, considerando quem esteja em melhores condições de realizar a prova. É certo que o experto (médico) e o profano (paciente) não se encontram isonomicamente posicionados na relação processual, tendo em vista o caráter técnico do objeto da prova.<sup>819</sup>

De uma forma geral, sendo profano, o paciente não detém conhecimentos técnicos da medicina. Em muitos casos o paciente nem sequer conhece o médico. No sistema hospitalar, em especial no público, as consultas em regra são rápidas, em massa, e limitam-se a poucos minutos o contato do médico com o paciente, que sairá rapidamente do consultório, com as mãos cheias de receitas. Todo esse cenário apontaria para uma necessidade de, na ponderação das provas, o ônus pender, em caso de dúvida, para o lado da parte mais débil.<sup>820</sup> A respeito da justiça do que se propõe, JEOVÁ SANTOS arremata:

“Se no meio trabalhista vigora o princípio *in dubio pro misero* no Direito Penal, *in dubio pro reo*; na liberdade de informação, *in dubio pro libertate* e em questões de casamento, *in dubio pro matrimonio*, em se tratando de erro médico, deve-se buscar não a dúvida em prol

---

princípios do processo civil e em dispositivos legais do diploma brasileiro. Dentre esses, argumenta que o artigo 333, p. único, II, ao considerar nulo o pacto de inversão do ônus da prova, quando se tornar excessivamente difícil o exercício do direito para uma das partes, revela a prerrogativa do magistrado de considerar as regras da distribuição da carga segundo a capacidade de produção probatória. Se é possível ao juiz considerar nulo o pacto que torna difícil a produção da prova, também lhe é permitido flexibilizar o ônus atribuído pela lei, quando esta conduzir à mesma realidade que o dispositivo citado procura evitar (cfr. pp. 144 e 145.). Também no artigo 339 do CPC, que consagra, ainda que timidamente, o princípio da cooperação processual, se funda Zaneti para conclamar imediata aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (Idem, p. 153).

<sup>818</sup> ALONZO PÉREZ. La relación medico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (2000), pp. 48-52.

<sup>819</sup> ROCHA. A responsabilidade civil decorrente do contrato de serviços médicos (2005), pp. 339-341.

<sup>820</sup> SANTOS. Dano moral indenizável (2001), p. 304.

de alguém, mas decidir em favor da vítima, sempre que existir um adinículo de prova que induza à convicção de que houve incúria do profissional. *In dúbio quod minimem sequitur*. Na dúvida, seguimos o que é mínimo. Atenda-se o mínimo do conjunto probatório. Ainda aqui convém ressaltar que não está admitindo a presunção de culpa, mas uma valoração de prova que seja mais favorável ao paciente-vítima.”

Nem sempre, todavia, prevalecerá a presunção de que ao médico assistem maiores condições probatórias. Se o paciente espera anos para trazer sua reclamação à justiça, é possível que o decurso do tempo tenha levado à eliminação de dados e, por certo, afastado da memória a lembrança dos detalhes da intervenção por parte do profissional. Haverá também casos em que a ciência carece de ferramentas capazes de trazer à luz a verdade dos fatos. Tome-se ainda o caso da família de uma vítima fatal, que, podendo realizar a autópsia, se recusa a fazê-la. Por certo haverá prejuízo ao conjunto probatório que restava na esfera de poder dos reclamantes.<sup>821</sup>

Não se leva em consideração para fixação dos encargos probatórios a posição ocupada pelas partes no processo, nem, tampouco, a natureza do fato, objeto de prova. O ônus da prova recairá sobre aquele que melhores condições tem de produzir a prova, de modo a possibilitar que seja efetivamente produzida nos autos e contribua para o esclarecimento dos fatos controvertidos, de modo a permitir o conhecimento da verdade real.<sup>822</sup> A teoria caminha, desse modo, em consonância com a tendência do direito processual de mitigação do princípio do dispositivo, conferindo ao juiz maiores poderes instrutórios, atribuindo-lhe iniciativa probatória e responsabilidade pelo esclarecimento dos fatos para formação de seu convencimento.<sup>823</sup> Assim, o magistrado, ao conferir o ônus da prova àquele que tem melhores condições de realizá-lo, se valerá, na impossibilidade de verdadeiramente conhecer a verdade real, da possibilidade de julgar sucumbente, evitando o *non liquet*, aquele que por desídia, e não por impossibilidade, não cumpriu com seu encargo.<sup>824</sup>

LUNA YERGA, como aguerrido defensor da distribuição dinâmica da prova, sustenta que não se trata de uma inversão arbitrária das regras do ônus da prova, mas de uma resposta a objetivos mais altos de redução do custo social em dois sentidos.

<sup>821</sup> LORENZETI. Responsabilidad civil de los médicos, tomo II, p. 196.

<sup>822</sup> CREMASCO. A distribuição dinâmica do ônus da prova (2009), p. 73.

<sup>823</sup> Idem, p. 82.

<sup>824</sup> Idem, p. 84.

Primeiro, para atribuir a produção de prova àquele que possa realizá-la com menos custos e, em segundo lugar, para que se possam produzir incentivos à adoção de medidas de precaução e, portanto, reduzir os custos sociais como consequência da provável redução dos acidentes ou, ao menos, da gravidade destes.<sup>825</sup>

### 8.3.2 Apreciação crítica

LLAMAS POMBO assinala que não se pode deixar de considerar uma objeção a essa teoria: a distribuição dinâmica da prova, na prática, ocorrerá tão somente em vias de sentença, quando o juiz, verificando quem tinha melhores condições de realizar a prova, indicará as presunções de responsabilidade ou, de outro lado, a carência na verificação de atos negligentes. Sem embargos, acrescenta que isso não trará grandes prejuízos, na medida em que as partes, conscientes de seus deveres processuais, deverão ser diligentes na realização das provas e, se assim não atuarem, serão sancionadas por uma decisão desfavorável.<sup>826</sup> Nesse sentido, JEOVÁ SANTOS conclui que: “Para evitar que, em razão da dificuldade em provar a mala praxis médica, os juízes, como destinatários da prova, deverão dar-se por satisfeitos e acolher o pleito sem a necessidade de exigir a prova plena da culpa do médico.” Essa solução, para o autor, é a única capaz de evitar que o médico fique sempre impune e a vítima, obrigada a carregar o pesado fardo da ausência de proteção.<sup>827</sup>

Posicionando-se em sentido contrário, CREMASCO adverte que essa solução atenta contra os princípios e garantias fundamentais do direito processual civil, em especial da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, visto que impõe em sede de sentença um ônus que a parte inicialmente desconhecia, retirando-lhe, na mesma medida, a possibilidade de produzir a prova respectiva que poderia ter realizado. A solução leva ao absurdo de impor às partes o resguardo de se considerarem oneradas quanto à produção de provas de todos os fatos controvertidos do processo, a fim de não serem, ao final, tomadas de surpresa. O argumento da

<sup>825</sup> LUNA YERGA. La prueba de la responsabilidad médico-sanitaria (2004), p. 134.

<sup>826</sup> LLAMAS POMBO. Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba (2000), p. 316.

<sup>827</sup> SANTOS. Dano moral indenizável (2001), p. 305.

doutrina argentina, de que a orientação da doutrina e jurisprudência para casos semelhantes é suficiente para deixar a parte ciente da possibilidade de ser onerada, ao final, com o encargo probatório, não satisfaz, na medida em que propõe uma análise tipificada prévia, sem consideração das particularidades do caso concreto, desvirtuando a própria teoria, tornando-a novamente estática, por outros critérios. Para o autor, a fim de resguardar os princípios basilares do processo civil e preservar o escopo da teoria, a fixação do ônus da prova deverá ser feita, pelo magistrado, antes da fase de produção de provas.<sup>828</sup>

Ao conferir tal solução, aparentemente suficiente para rebater a crítica e solucionar a dificuldade, impondo o dever do magistrado de fixar o ônus da prova previamente à fase instrutória, CREMASCO recai em novo problema, quando considera a possibilidade de alteração das condições fáticas que inicialmente indicavam a maior facilidade de produção de provas a uma das partes. É possível que circunstância superveniente venha retirar as prerrogativas que antes conferiam a uma das partes maior acesso às provas ou domínio do fato. Se o outro litigante já padecia de dificuldades, ou mesmo impossibilidade, o autor não admite outra solução senão retornar ao modelo clássico de distribuição do ônus probatório.<sup>829</sup>

Nesse sentido, permanecem as mesmas críticas existentes ao critério estático ortodoxo, acrescidas agora, à evidência, do risco da subjetividade existente na teoria, de alteração das regras, na constatação da maior capacidade de produção de provas, ao arbítrio do juiz.

Ora, é bem verdade que o conhecimento por parte do réu, de que não lhe cabe trazer aos autos prova dos fatos afirmados pelo autor, confere-lhe a prerrogativa de permanecer inerte, aguardando que o autor sucumba em suas pretensões, retendo provas que poderia ter trazido para elucidação da verdade. Sem dúvida, percebe-se aqui um desprestígio ao princípio da cooperação processual. Entretanto, quando se concebe a possibilidade de retorno às regras tradicionais de distribuição do ônus da prova, sempre que circunstâncias supervenientes venham a alterar as condições fáticas, inicialmente tomadas como parâmetro para a distribuição do ônus da prova

---

<sup>828</sup> CREMASCO. A distribuição dinâmica do ônus da prova (2009), pp. 90-91.

<sup>829</sup> Idem, p. 93.

de forma diversa, há, do mesmo modo, incentivo àquele sobre o qual recaía o ônus da prova, de propiciar o surgimento de circunstância superveniente que altere as condições inicialmente previstas. É o caso do médico que alega a perda do prontuário médico do paciente no hospital, sem que se possa identificar o culpado e, muito menos, provar o seu ardil em reter documentos, em vista da inexistência de sistemas de protocolo.

Acentua ROSEMBERG que as normas atinentes ao ônus da prova não só colocam o juiz em condições de evitar o *non liquet* na questão de direito, quando duvidosa a questão de fato, mas também conferem a tal caso, em forma clara e categórica, o conteúdo de sua decisão, ao imputar a uma das partes a incerteza de uma circunstância de fato que a favoreceria. É uma garantia tanto ao juiz como às partes. Não se pode confundir, nesse sentido, a livre apreciação das provas com uma distribuição livre do ônus da prova, que se tem tentado obter, mediante o descumprimento livre do direito fundado em uma ponderação de interesses. Para o autor, o direito não pode deixar, ao arbítrio do juiz, a decisão sobre o que pertence ao fundamento da demanda e o que pertence às exceções. A regulamentação do ônus da prova deve fazer-se sobre normas jurídicas cuja apreciação deve estar submetida à revisão pelo tribunal correspondente, devendo conduzir a um resultado determinado, independente das contingências do processo particular, sendo um guia seguro para o juiz, com o que as partes podem contar já antes de iniciar o processo. Uma distribuição livre do ônus da prova não é a liberdade a que se deve atribuir uma magistratura madura. Em verdade, a distribuição proporcionada e invariável do ônus da prova é um postulado de segurança jurídica, sustentado justamente pelos práticos e defendido também pelos partidários de teorias discordantes.<sup>830</sup>

A despeito da adequação da premissa, em que se funda a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (ao considerar que o médico, tendo, em regra, melhores condições de realizar a prova da adequação de sua conduta, deve ser impulsionado a laborar nesse sentido), e sua reflexão sobre a “disparidade de armas”, a quebra das regras processuais, sem parâmetros pré-determinados, parece-nos açodada e milita contra a segurança do sistema. Importa que as partes conheçam previamente as

---

<sup>830</sup> ROSEMBERG. La carga de la prueba (1956), p. 59.



“regras do jogo,” a fim de não serem surpreendidas. Importa que o médico saiba o que lhe é exigido no processo e, para cumprir seu mister, se empenhe tanto no trâmite processual como nas precauções exigidas, no exercício da profissão.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, em última análise, atribui ao magistrado o poder exclusivo de definir o ônus probatório no caso concreto, na medida em que é deixada ao seu arbítrio a definição de quem tenha melhores condições de realizar prova no caso concreto, o que confere ao processo grande insegurança jurídica.

As regras de distribuição do ônus da prova não podem servir ao fomento de processos aventureiros que busquem o enriquecimento ou que sirvam como uma aposta na incapacidade do médico de provar a boa execução de sua tarefa. A mera afirmação da existência de culpa não pode conduzir à presunção de sua existência. Na lição deixada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português:

“A tese que advoga uma alteração das regras legais gerais do regime da efectivação da responsabilidade civil, designadamente, no segmento da repartição do ónus da prova, em caso de responsabilidade civil médica, para além de carência de apoio legal, de falta de suporte na realidade hodierna do exercício da medicina e no actual estado de elevação do estatuto do paciente tem, pelo menos, duas principais consequências negativas: um forte abalo na confiança e certeza do direito e uma sequente e quase inevitável prática de uma medicina defensiva.”<sup>831</sup>

## 8.4 Inversão do ônus da prova

### 8.4.1 Objetivo

A inversão do ônus da prova surge como concepção que, sem abandonar as regras de definição do ônus da prova, procura conferir tratamento diferenciado aos postulados tradicionais, quando reconhecida a necessidade de atribuir a carga probatória a quem se apresente em condições de superioridade na demanda, atendidos certos critérios legais. Em uma perspectiva objetiva, o ônus da prova irá

---

<sup>831</sup> 15-10-2009 - Revista n.º 1800/08 - 2.ª Secção - Rodrigues dos Santos (Relator) \*, João Bernardo (vencido), Oliveira Rocha, Oliveira Vasconcelos (vencido) e Serra Baptista.

pautar-se pelo benefício de uma versão em detrimento da outra. Já em uma ótica subjetiva, o ônus da prova favorece uma parte em prejuízo da outra.<sup>832</sup>

#### 8.4.2 Inversão do ônus da prova no Direito italiano

No Direito italiano, a jurisprudência tem distribuído o ônus da prova pautada na regra diferenciada da culpa médica, prevista no art. 2236 do Código Civil, pela qual apenas em caso de culpa grave poderá ser responsabilizado o profissional que preste serviços para solução de problemas técnicos de especial dificuldade.<sup>833</sup> Assim, se a intervenção médica for daquelas de fácil execução, ao paciente caberá tão somente provar que, no caso concreto, trata-se de procedimento rotineiro, de baixa complexidade, enquanto ao médico restará o dever de demonstrar que o êxito infasto não decorreu de negligência ou imperícia.<sup>834</sup>

De outro lado, em caso em que a intervenção seja de difícil execução, sobre o médico recairá o ônus de provar apenas a natureza complexa da operação.<sup>835</sup>

Particularmente a Suprema Corte italiana acentua que, quando o paciente faz valer a responsabilidade contratual do médico, quando a intervenção não é de difícil execução, o agravamento das condições do paciente faz surgir, com fulcro no art. 1218 do Código Civil italiano, uma presunção simples em favor da inadequação da prestação, competindo ao obrigado a prova de que a piora do quadro clínico se deu em razão de evento imprevisto e imprevisível.<sup>836</sup> Assim, percebe-se que, por força do artigo 2236 do Código Civil italiano, o grau de dificuldade do procedimento influencia diretamente na repartição do ônus da prova, conferindo verdadeira presunção de erro,

---

<sup>832</sup> MÚRIAS. Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova (2000), p. 25.

<sup>833</sup> Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave (1176).

<sup>834</sup> Cass. 19 de Abril, 2006, n. 9085

<sup>835</sup> Cass. 2 fevereiro, 2005, n. 2042). Caberá ao paciente, de outro lado, demonstrar a inidoneidade da modalidade de execução (cass. 19 de maio de 1999, n. 4852, in Foro it, 1999, I, 2874).

<sup>836</sup> Cass. 11 de março de 2002, n. 3492, in Giur, it. 2003, 240.

quando de fácil execução e onerando o paciente com a carga probatória, nos casos de maior complexidade, o qual deverá demonstrar a infração à *lex artis*.<sup>837</sup>

#### 8.4.3 Inversão do ônus da prova no Direito Português

TEIXEIRA DE SOUSA reconhece a superioridade do especialista para a realização da prova de que seu ato foi efetuado conforme a boa técnica, mas alerta para o fato de que, ainda que tentadora a inversão do ônus da prova, tormentosa é sua aplicação. Onerar o médico com a prova do cumprimento de seus deveres implica a presunção de que tais deveres não foram observados, uma agravação desnecessária da posição do médico perante o doente, tomando-se o caráter aleatório dos resultados de uma intervenção médica. Se é indesejável a dificuldade probatória do paciente, também o é, em maior medida, partir do princípio de que qualquer dano ou resultado indesejado sofrido pelo paciente tenha como origem um ato culposo do médico.<sup>838</sup>

Posicionando-se em sentido inverso, defende MANUEL NUNES que as dificuldades de realização da prova, em matéria de responsabilidade civil médica, devem ser contornadas por meio da inversão do ônus da prova, nos termos da Proposta de Diretiva elaborada pelo Conselho de Ministros da União Europeia sobre a base do artigo 100º - A do Tratado Constitutivo da CEE, apresentada pela Comissão em 9 de Novembro de 1990, respeitante à responsabilidade do prestador de serviços. Tratou-se de uma iniciativa inédita, surgida na sequência da Resolução do Conselho de 9 de

---

<sup>837</sup> CUFFARO. Responsabilità civile (2007), p. 529. Cabe ainda mencionar a previsão do artigo 8º, 3, do Decreto Presidencial 224, de 24.05.1998, que assim estabelece: “Se appare verosimile che il danno sia stato causato da un difetto del prodotto, il giudice può ordinare che le spese della consulenza tecnica siano anticipate dal produttore.” (Em tradução livre: “Se se apresenta verossímil que o dano tenha sido causado por um defeito do produto, o juiz poderá ordenar que o custo da prova técnica seja antecipado pelo produtor”). Percebe-se que, ainda que limitada à prova pericial, a inversão do ônus da prova está presente no teor do dispositivo, visto que, em regra, caberia a quem alega custear a prova pericial. De acordo com a previsão, a inversão não se encontra no campo do “poder-dever” do magistrado, mas de fato como uma faculdade.

<sup>838</sup> SOUSA. Sobre o ônus da prova nas acções de responsabilidade civil médica (1996), p. 132.

Novembro de 1989 “sobre as futuras prioridades para o relançamento da política de defesa dos consumidores”<sup>839</sup>

A inversão do ônus da prova não é, entretanto, mecanismo estranho ao ordenamento jurídico português. Prevê o artigo 344º, 2, do Código Civil lusitano, a inversão do ônus da prova, sempre que a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova à parte onerada. Imagine-se o caso de um médico que, buscando evitar a responsabilidade por um ato culposos, destrói os relatórios e prontuários do paciente.<sup>840</sup> Nesse caso, será presumida como verdadeira a imputação de culpa alegada pelo paciente. Não se pode, entretanto, ignorar que permanecerá ao paciente

---

<sup>839</sup> Aponta o autor que: “muito embora a proposta tenha tido larga receptividade junto da Comissão do Meio Ambiente, da Saúde Pública e Proteção dos Consumidores, verificou-se uma reação negativa do Comité Económico e Social o qual expressou parecer negativo. No seio da Comissão Jurídica e dos Direitos dos Cidadãos do Parlamento Europeu, a proposta suscitou viva controvérsia, sobretudo atenta a grande diversidade de serviços a que se aplicaria a Directiva, o que fez com que fossem adoptadas várias emendas, surgindo três hipóteses alternativas de um possível regime comunitário: Uma hipótese num regime de responsabilidade baseada na culpa, mas com inversão do ônus da prova da culpa (hipótese da proposta); Uma segunda alternativa que estabelecia um regime de responsabilidade civil, fundada na culpa para as situações em que o prestador de serviços estivesse vinculado à realização de ‘obrigações de meios’, enquanto se instituíam um regime de responsabilidade civil objectiva para os casos em que aquele estivesse adstrito a ‘obrigações de resultado’; e, finalmente, uma terceira hipótese, segundo a qual se estabeleceria um regime de responsabilidade fundado na culpa com inversão do ônus da prova da culpa, embora aqui se introduzisse a noção de “falta do serviço”, definindo-se esta em conjugação com a legítima expectativa que o consumidor esperaria do serviço, cabendo a este demonstrá-la (...) a reacção negativa do Comité Económico e Social, da Comissão Jurídica do Parlamento Europeu e as vivas críticas procedentes de vários meios profissionais na área dos serviços exigiram a retirada da Proposta original para melhor reflexão sobre a responsabilidade do prestador dos serviços, sobretudo no que respeita à questão da inversão do ônus da prova da culpa ao sector específico dos médicos”. Aponta o autor a pressão exercida pelo Comité Permanente dos Médicos da Europa, que, reunidos em Valencia nos dias 10 e 11 de Maio de 1991, enviaram texto pedindo a exclusão dos médicos do âmbito da mencionada Proposta, a fim de evitar uma “medicina defensiva” que pudesse privar os doentes dos avanços da ciência. NUNES. O ônus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos (2007), pp. 79-84.

<sup>840</sup> A Lei 8069/1990, no Brasil, estabelece o prazo de 18 anos para a guarda e conservação dos prontuários individuais. O Decreto 879/93 que regulamenta a Lei 8489/92, estabelece a necessidade da guarda dos prontuários médicos referentes a transplantes realizados, sem, contudo, definir prazo. O Conselho Federal de Medicina, pela resolução 1331/89, estabelece regras para a realização dos prontuários médicos e em seu artigo 1º prevê a guarda dos prontuários por 10 anos, podendo após esse período, ser substituído por métodos de registros capazes de assegurar a restauração plena das informações nele contidas. Em Portugal, a proteção de dados pessoais é regulada pela Lei 67/98 e pela Convenção 108 do Conselho da Europa. Nos Estados Unidos, o Colégio Americano de cirurgiões e a Associação médica Americana recomendam a conservação permanente dos prontuários, enquanto a Associação Americana dos Hospitais orientava, em 1949, o prazo de dez anos e, em 1960, alterou para 25 anos.

o ônus da prova de que o médico foi o responsável pela destruição de tais documentos.<sup>841</sup>

Cumprе observar que a específica obrigação médica de documentar toda informação relativa ao paciente em seu prontuário e a de fornecer tais dados, quando requisitados, conferirá ao profissional um ônus a mais pelo não cumprimento de tal obrigação.<sup>842</sup> Nada mais justo que sancionar a falta de acesso ao que deveria ser acessível ao paciente, a fim de que tal prática não milite em prejuízo de outros direitos, quais sejam, os concernentes aos pleitos indenizatórios. Outrossim, o cerceamento de direitos, com o impedimento ao acesso às provas, ensejará a presunção de veracidade daquilo que é narrado, servindo como estímulo ao cumprimento dos deveres de documentação e informação e coibindo o ardil da destruição de provas que se encontram em posse do onerado.

Para ROSEMBERG, todavia, não há de se falar, em casos como esse, de inversão do ônus da prova, visto que o mais adequado seria que o tribunal considerasse *provada* a afirmação discutida, em virtude do princípio fundado na experiência de que, se o fato fosse falso, o réu não teria se oposto à produção da prova, mas pelo contrário, a fomentado.<sup>843</sup> Trata-se de presunção elidível (*iuris tantum*). Ao réu caberá realizar a contraprova, que poderá ser direta ou indireta. A contraprova direta consiste na demonstração de que tais afirmações não se sustentam, enquanto a contraprova indireta procura demonstrar outros indícios, que, ainda que não se oponham àquele que sustenta a presunção, contribuem com maior força para o surgimento de nova presunção, contrariamente à primeira.<sup>844</sup>

---

<sup>841</sup> Nas palavras de NOVAH MORAES: “O prontuário médico significa: garantia, para o doente; segurança, do bom médico; ameaça, para o médico omissor, negligente, imprudente e incompetente; provas, para o paciente inconformado” (Erro médico e a justiça [2003], p. 271).

<sup>842</sup> Em caso paradigmático, *leading case* da jurisprudência norte-americana, *Halft v. Lone Pal Hotel* (478 P.2d 465 [Cal. 1970]), pai e filho se afogaram na piscina do hotel. Foi requerida a inversão do ônus da prova, sob o argumento de que a prova de que o acidente se deu por falta de segurança oferecida pelo hotel (e não por culpa das vítimas) somente poderia se dar, se houvesse testemunhas do fato, mas estas só não existiram, justamente porque o hotel não providenciou um salva-vidas, parte do mecanismo de segurança, que, nesse caso, não só poderia ter evitado o dano como também, em caso de impossibilidade, ter servido como testemunha do fato. A Suprema Corte da Califórnia concedeu a inversão do ônus da prova, concluindo que a negligência do réu impossibilitou o autor de realizar a prova.

<sup>843</sup> ROSEMBERG. La carga de la prueba (1956), p. 173.

<sup>844</sup> Idem, p. 175.

O artigo 493, 2, do Código Civil português traz ainda outra hipótese de inversão do ônus da prova: “Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.” Presumida está a culpa, quando o resultado for lesivo, cabendo a quem desenvolve a atividade, a prova de que agiu com diligência. A previsão não deve ser confundida com o modelo da responsabilidade objetiva, pois, a despeito da regulamentação afeta ao risco da atividade considerado principal fundamento da objetivação da responsabilidade, resta clara a opção legislativa pela inversão do ônus da prova, visto que faz presumir a culpa, permitindo, desse modo, prova em contrário. Ao permitir ao profissional provar que agiu com diligência, não há exclusão da apreciação da existência de culpa, como ocorre na responsabilidade objetiva, mas mera presunção.

Deve-se, então, questionar se a atividade médica poderá ser enquadrada em tal previsão, ou, ao menos, se aquelas de maior risco teriam sua subsunção à norma do artigo 493, 2. Do ponto de vista da oportunidade, cabe a reflexão sobre o impacto que haverá sobre as atividades médicas. Já foi dito linhas atrás que o crescente número de processos indenizatórios contra médicos tem levado ao surgimento de uma prática preventiva da medicina, que mais se preocupa em evitar processos do que com a melhora da qualidade de vida dos pacientes. Se a imposição do ônus da prova, por tal dispositivo, não tem o condão de alcançar todos os atos médicos, terá, ao menos, o poder de desestímulo do exercício de especialidades ou tratamentos que imponham maior risco, o que nos leva à conclusão, outrora já externada, de que tal tratativa servirá como um desserviço ao aprimoramento da técnica e dos próprios serviços de saúde.

Observa-se, todavia, a respeito da obrigação de médico especialista, que o Supremo Tribunal de Justiça português já promoveu a inversão do ônus da prova, por reconhecer a existência de obrigação de resultado:

(...)

VI. Já se se tratar de médico especialista, (v.g. um médico obstetra) sobre o qual recai um específico dever do emprego da técnica adequada, se torna compreensível a inversão do ônus da prova, por

se tratar de uma obrigação de resultado - devendo o mesmo ser civilmente responsabilizado pela simples constatação de que a finalidade proposta não foi alcançada (prova do incumprimento), o que tem por base uma presunção da censurabilidade ético-jurídica da sua conduta.<sup>845</sup>

A inversão do ônus da prova merece cautela e deve ser empregada, quando do reconhecimento de requisitos que aconselhem a alternativa e corroborem para o conhecimento da verdade, sob regras claras e pré-definidas, de forma a contribuir para os objetivos do processo o estímulo a atividades socialmente adequadas e desejadas.

#### 8.4.4 Inversão do ônus da prova no Direito Brasileiro

##### 8.4.4.1 Contexto e aplicabilidade

No Brasil, a inversão do ônus da prova é uma realidade expressamente consagrada no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que confere, dentre os direitos básicos do Consumidor, “a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

O dispositivo legal exige a prova da hipossuficiência *ou* da verossimilhança das alegações. De acordo com o texto da Lei, não é necessário que se provem ambas as situações, mas apenas uma ou outra, pois, se diversa fosse a intenção do legislador, teria utilizado a conjunção “e”. Assim, é necessário que se prove o menor poder probatório ou que a narrativa dos fatos “parece” ser verdadeira, que se assemelha à verdade.

Há quem sustente, todavia, que a alegação sempre deverá ser verossímil. A simples hipossuficiência do consumidor não pode ser capaz de possibilitar a drasticidade da medida, sem que haja um mínimo de racionalidade. ANTONIO GIDI exemplifica que, se contrário for o entendimento, qualquer mendigo poderia acionar

---

<sup>845</sup> Portugal. STJ. Acórdão de 07/10/2010, Proc. nº 1364/05.5TBCL.G1, 6ª Secção. Rel. Ferreira de Almeida.

um shopping Center alegando, preliminarmente, diante da sua hipossuficiência, a inversão do ônus da prova, para que o réu prove que o seu carro não estava estacionado nas dependências do shopping e que, nele, não estavam guardadas todas as suas compras de Natal.<sup>846</sup> A esse argumento, entretanto, rebate BARBOSA MOREIRA acentuando que a inversão do ônus da prova se dá para fato específico e não para todas as afirmações, excluindo fatos cuja prova esteja acessível ao consumidor.<sup>847</sup> Desse modo, no exemplo conferido por GIDI, não se eximiria o autor, da prova da propriedade do veículo que afirma ter sido furtado.

O juiz terá os fatos por verossímeis, quando denotar coerência, coesão e sentido na estória narrada, que aponta, segundo a experiência, para aquilo que normalmente ocorre em tais circunstâncias.<sup>848</sup> Nesse processo, o juiz se valerá dos critérios extraídos de sua cultura de homem médio, circunscrito às influências de uma certa sociedade, em um dado momento histórico. O valor da prova não é conduzido por uma apreciação jurídica, mas pelos recursos metajurídicos. Ainda que em alguns casos o juiz se valha de sua experiência profissional a esse respeito, é essencialmente no senso comum que serão valoradas as afirmações realizadas.<sup>849</sup>

O conceito de hipossuficiência está ligado à dificuldade probatória, à menor possibilidade para realização da prova que tem o consumidor perante o fornecedor, razão pela qual a legislação autoriza a inversão do ônus da prova como remédio para reequilibrar a relação de consumo.<sup>850</sup> Afinal, quem terá melhores condições de provar a falácia do argumento do consumidor é justamente aquele que detém os meios probatórios, advindos do conhecimento da técnica. Conforme entendimento do

<sup>846</sup> GIDI. Defesa do Consumidor (1995), p. 69.

<sup>847</sup> Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do Consumidor (1996), p. 86.

<sup>848</sup> Em íntima relação com o requisito da hipossuficiência, o autor afirma que “o juiz deverá ter por suficiente a verossimilhança porque em tais situações a típica dificuldade da prova impõe que reduzam as exigências probatórias, a bem de evitar a frustração do propósito do direito material sob exame.” (GASTAL. A suficiência do juízo de verossimilhança para a decisão das questões fáticas (2006), pp. 59-62).

<sup>849</sup> TARUFFO. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz (2001).

<sup>850</sup> Ainda que de alguma forma se relacione a carência de recursos financeiros com a capacidade de produção de provas, o conceito de hipossuficiência não deve ser entendido no CDC pelo mesmo conceito conferido pela Lei 1060/50, art. 2º, parágrafo único, que define como hipossuficiente todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio e da sua família.



Superior Tribunal de Justiça brasileiro, a inversão do ônus da prova “está ancorada na assimetria técnica e informacional existente entre as partes em litígio.”<sup>851</sup>

Nas questões afetas ao erro médico, a hipossuficiência se torna evidente, pois, ainda que ao consumidor seja disponibilizado termo de consentimento com as devidas informações dos riscos, não resta afastada a disparidade de conhecimentos técnicos.<sup>852</sup>

KFOURI NETO, caminhando em sentido oposto da doutrina dominante, entende que a inversão do ônus probatório não pode ser aplicada em demandas indenizatórias contra médicos, sob pena de haver subversão do sistema da responsabilidade subjetiva, pois estaria a se excluir a necessidade de comprovação da culpa e a aplicar os primados da responsabilidade objetiva, em que o prestador do serviço somente se exime da responsabilidade, se provar culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito, ou que o defeito do serviço inexistente.<sup>853</sup> Ao autor não assiste razão. A inversão do ônus da prova não tem o condão de alterar o modelo de responsabilidade. Em verdade, concedida a inversão do ônus da prova, a existência ou não de culpa continua sendo objeto da dilação probatória e, ao contrário do que argumenta, não há inserção do modelo da responsabilidade objetiva, em que as excludentes da responsabilidade são taxativas, e dentre elas não se encontra a prova da inexistência de culpa, visto ser esta irrelevante. Há, em verdade, uma presunção de culpa que poderá ser ilidida por prova em contrário.

A inversão do ônus da prova foi concebida como instituto capaz de promover o conhecimento do fato, de forma que aquele que tem melhores condições de realizar a prova não venha a se aproveitar das regras de distribuição da carga probatória, para se quedar inerte no dever de cooperação processual. O instituto serve, portanto, não só para proporcionar a “igualdade de armas”, como também para promover o conhecimento, ainda que aproximado, da verdade.

---

<sup>851</sup> REsp 720.930/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 09/11/2009. Acrescenta: “Ou seja, somente pelo fato de ser o consumidor vulnerável, constituindo tal circunstância um obstáculo à comprovação dos fatos por ele narrados, e que a parte contrária possui informação e os meios técnicos aptos à produção da prova, é que se excepciona a distribuição ordinária do ônus.”

<sup>852</sup> RUTHES. Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor (2010), pp. 186-187.

<sup>853</sup> KFOURI NETO. Culpa médica e ônus da prova (2001), p. 151.

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro tem considerado possível até mesmo a inversão, quando representar a necessidade de prova de fato negativo, visto que a máxima de que as negativas são isentas de prova não é verdadeira, porquanto dizem respeito tão-somente às negativas indefinidas, ou seja, não abarcam aquelas relativas, suscetíveis de prova. Aliás, a letra do art. 14, § 3º, I, do CDC, já indica hipótese de prova negativa, quando dispõe que o fornecedor de serviços só não será responsabilizado, quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste.<sup>854</sup>

Ressalte-se, todavia, que inversão do ônus da prova somente se dará, caso a prova se fizer possível ao fornecedor e este se apresentar com maior facilidade na produção de prova do que o consumidor. Consoante jurisprudência do STJ, "ainda que se trate de relação regida pelo CDC, não se concebe inverter-se o ônus da prova para, retirando tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente, atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria".<sup>855</sup>

Concedida a inversão, as provas requeridas pelo autor, em especial as periciais, serão custeadas pelo fornecedor-réu, mas isso não significa que seja obrigado a produzi-las e, assim, custeá-las. Resta apenas ciente de seu ônus e, caso opte por não patrocinar a prova requerida, arcará com o ônus de sua necessidade, a fim de constituir prova de seu argumento.<sup>856</sup>

#### 8.4.4.2 Natureza jurídica da inversão do ônus da prova

Controversa, todavia, é a natureza jurídica da inversão do ônus da prova, se seria de "regra procedimental" estando, portanto, sujeita a determinado momento processual e delimitada por outras fases que lhe antecedem e lhe sucedem, ou se seria de "regra de julgamento", como parte integrante dos mecanismos de convencimento de fundamentação do magistrado. Se entendida como "regra procedimental", deverá o magistrado, antes da fase de produção de prova, promover a inversão, permitindo

<sup>854</sup> DJ 5/12/2005. REsp 1.050.554-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 25/8/2009.

<sup>855</sup> REsp 720930/RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 09/11/2009)(REsp 844.969/MG; Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 11/11/2010.

<sup>856</sup> Cf. REsp 803565/SP, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 23/11/2009.

ao réu o conhecimento prévio do ônus que lhe recai. Assim, caso a inversão do ônus *probandi* seja concedida após o momento processual de requerimento das provas, deverá o magistrado possibilitar que as partes voltem a requerê-las, agora que conhecem o seu ônus, para que possam melhor conduzir-se no processo, sob pena de cerceamento de defesa.<sup>857</sup>

Na jurisprudência brasileira, o tema é controvertido. O Superior Tribunal de Justiça brasileiro vinha tomando posição pela natureza jurídica de “regra de julgamento”, permitindo que seja decretada inclusive em segundo grau de jurisdição, sem que às partes seja conferido o direito de indicação de nova produção de provas.<sup>858</sup> Em decisão mais recente, todavia, o mesmo tribunal reconheceu a existência de ambas as vertentes, como regra de julgamento para o magistrado, mas com necessária obediência procedimental diante da relação processual travada com a parte adversa. Ao final, entendeu por desconstituir sentença que determinou a inversão do ônus da prova na própria sentença, asseverando que o momento mais adequado para a promoção da inversão *ope judicis* é o do despacho saneador, que dará à parte ré a ciência de que terá de se empenhar em comprovar a inexistência dos fatos a ela imputados.<sup>859</sup>

Os argumentos para concebê-la como regra de julgamento se pautam na impossibilidade do julgamento antecipado sobre os elementos necessários à concessão da inversão, tais quais a existência de relação de consumo e a verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. A concessão na fase de saneamento representaria, nesse sentido, antecipação de julgamento, ferindo o

---

<sup>857</sup> Cf. AgRg no REsp 1095663/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009.

<sup>858</sup> AgRg no Ag 1028085/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 16/04/2010; AgRg nos EDcl no Ag 977.795/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 13/10/2008.

<sup>859</sup> “A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil. A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.” (REsp 802.832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011)

devido processo legal. Como o juiz é o destinatário da prova, as regras de distribuição do ônus da prova seriam a ele dirigidas, constituindo-se em regras de juízo ou de julgamento. De outro lado, não haveria “surpresa” para a parte adversa, que, sabedora da possibilidade de inversão em sede de julgamento, deverá promover todas as provas que estiverem ao seu alcance.<sup>860</sup>

Posicionando-se em sentido diverso, REBOUÇAS acentua que as regras de distribuição da carga probatória se destinam a todos os sujeitos da relação processual, juiz, autor e réu. Mas é às partes que interessa o conhecimento do encargo que lhes cabe, a fim de fazer prova dos fatos que afirmam (*allegatio et non probatio quae non allegatio*). Em razão disso, defende o autor que a decisão quanto à inversão do ônus deve anteceder a fase de produção de provas e seguir, após a apresentação da contestação, quando o juiz estará apto a formar seu juízo quanto à verossimilhança das alegações. Excepcionalmente, todavia, admite a possibilidade de inversão da carga probatória no decorrer da instrução processual, quando se denotar que o réu tem criado obstáculos ao fornecimento de provas que se encontram em seu poder.<sup>861</sup>

Segundo o desembargador SANTARELLI ZULLIANI, o artigo 6º, VIII, do CDC, foi introduzido para dar ao juiz “a chance real de redistribuir a carga probatória, determinando que o réu confirme o fato extintivo (regularidade do seu desempenho médico e razoabilidade do funesto resultado) sem que isso represente ofensa ao direito de defesa (art. 5º, LV, CF) que obrigação de meios possibilita.”<sup>862</sup>

No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA aponta a afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa na orientação da regra de julgamento, visto que impediria o prestador de serviços de se desincumbir de ônus da prova que até então não lhe pertencia, ressaltando que as normas sobre repartição do ônus probatório se consubstanciam também, em “regras de comportamento dirigidas aos litigantes”. Conclui, então, o autor que é necessário lembrar que a finalidade da norma é facilitar a

---

<sup>860</sup> Cf. VIEIRA NETTO. Processo de Conhecimento (2011), pp. 274-277.

<sup>861</sup> REBOUÇAS. Questões sobre o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor (2006), pp. 83-85.

<sup>862</sup> ZULLIANI. Responsabilidade civil fundada no erro médico: Inversão do ônus da prova (2003), pp. 155-156.

defesa dos direitos do consumidor, e não a de “assegurar-lhe a vitória, ao preço elevado do sacrifício do direito de defesa, que ao fornecedor se deve proporcionar.”<sup>863</sup>

Aderimos a esta segunda posição. A compreensão prévia do ônus da prova, referido a cada parte, é fator de garantia do processo legal, de modo a dirigir os trabalhos que seguirão, e evitar a sucumbência em deveres desconhecidos, ferindo-se o direito ao contraditório e ampla defesa, constitucionalmente assegurados. As regras de distribuição do ônus da prova asseguram ao réu a certeza de que não responderá por fatos afirmados e não provados, permitindo também ao magistrado que se ampare em tais regramentos como instrumento a se evitar o coibido *non liquet*.

Quanto aos requisitos para a concessão da inversão do ônus da prova no direito brasileiro, ressalte-se que a hipossuficiência não se presume a todo consumidor, e, por tal razão, quando a inversão do ônus da prova se fundar em tal requisito, esta deverá ser indicada.<sup>864</sup> O mesmo ocorrerá, quando fundada na verossimilhança das alegações. Isso não significa que o consumidor deverá provar ou mesmo pedir a inversão; o juiz poderá conceder de ofício, desde que confira os devidos fundamentos.<sup>865</sup>

---

<sup>863</sup> Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor (1996), p. 82.

<sup>864</sup> A inversão somente pode ser concedida “em circunstâncias especiais (art. 6º, VIII, do CDC), ou seja, quando efetivamente demonstrada a hipossuficiência caso a caso e não presumidamente” (REsp 716.386-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 5/8/2008. Precedentes citados: REsp 541.867-BA, DJ 16/5/2005; REsp 701.370-PR, DJ 5/9/2005; AgRg no Ag 801.547-RJ, DJ 16/4/2007, e REsp 684.613-SP, DJ 1º/7/2005).

<sup>865</sup> (REsp 696.816/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 29/10/2009; AgRg nos EDcl no Ag 854.005/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 11/09/2008). Nesse viés há quem argumente que a inversão do ônus da prova se opera *ope legis*, restando à decisão judicial apenas o papel de averiguar a existência da verossimilhança e hipossuficiência, que, se verificadas, deverão conduzir, automaticamente, por força da Lei, à inversão do ônus da prova. Cf. GIDI. “Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor (1995). A tal argumento não assiste razão. Se a Lei desejasse a inversão automática, teria imposto a todos os litígios envolvendo relação de consumo. Ao contrário, submeteu à apreciação judicial a verificação de requisitos, concedendo então um poder-dever de inverter o ônus quando presentes os pressupostos, mas, enquanto não pronunciada a decisão, permanecem as regras gerais previstas no Código de Processo Civil. Como já observado, a inversão poderá se dar por provocação das partes ou mesmo por decisão oficiosa. Cf. MOREIRA. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor (1996), pp. 74-75. Como acentua o ministro WALDEMAR ZVEITER no Recurso Especial 171988-RS, “A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao ‘critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência’(art. 6º, VIII). Isso que dizer que não é automática a inversão do ônus da prova.” REsp. 171988-RS, Ministro Waldemar Zveiter, publicado em 28/06/99.

#### 8.4.5 Apreciação crítica da inversão do ônus da prova

As dificuldades probatórias da vítima e a relutância dos médicos que, corroborando com os benefícios inerentes às regras da carga probatória, se negam a trazer ao processo documentos, vídeos e demais provas que possam esclarecer a verdade, revelam a importância da inversão do ônus da prova, que, “terá a virtude de reverter essa tendência nociva que tanto prejudica a cognição”,<sup>866</sup> pois fará com que o réu atue objetivamente, para demonstrar que agiu conforme as condutas exigíveis para o caso concreto.

De outro lado, importa considerar que temerária será a inversão do ônus da prova pautada, tão somente, na maior capacidade probatória do médico para afirmar a correção de sua conduta, tendo em vista o custo social que seria imposto às atividades médicas e o estímulo a demandas aventureiras, oportunistas e, quiçá, mercenárias. A necessária segurança jurídica do sistema das regras de distribuição da carga probatória demanda que o autor constitua, ao menos, um início de prova capaz de conferir a necessária verossimilhança de sua alegações e justificar a própria existência do processo a que dá início. Importa que sejam estabelecidos regramentos de condução da repartição do ônus da prova, previamente conhecidos, que incentivem as partes a laborarem para o esclarecimento da verdade e, ao mesmo tempo, impeçam que a expectativa de vitória processual seja depositada apenas em preceitos que conduzam à sucumbência da parte contrária, perante a própria inação. Tais regras, em verdade, devem contribuir, ao mesmo tempo, para o estímulo da assunção de riscos socialmente adequados, para o progresso da medicina e para a prevenção de condutas ilícitas.

### 8.5 Res ipsa loquitur

#### 8.5.1 Conceito e aplicabilidade

---

<sup>866</sup> ZULLIANI. Responsabilidade civil fundada no erro médico: Inversão do ônus da prova (2003), pp. 155-156.

A maior parte dos casos de responsabilidade por culpa são decididos sobre evidências circunstanciais. Fatos evidentes são insignificantes, antes de tomarem relevância, ao serem relacionados a outros fragmentos da conduta humana. O uso das inferências (de onde se destacam as deduções) é o usual processo a ser percorrido nos casos de negligência. Às vezes, a conclusão de que o réu tenha agido com falta de cuidado é inferida diretamente da existência de alguns fatos ou grupos de fatos revelados nas evidências. Os fatos assim conferidos são como dados imediatos dos quais, ao final, se extrai a conclusão. Quando isso ocorre, os fatos dados são tidos como evidências diretas, ainda que, mesmo nesses casos, tenha de se valer de inferências para se conferir ao fato alguma relevância legal. Por um lado, um fato é inferido da existência de outros fatos independentes, oferecidos pela evidência. Esta inferência de fatos, em seu turno, serve como base para o delineamento de futuras inferências. Quando uma dupla inferência de tal tipo é necessária, os fatos dados são tidos como evidências circunstanciais.<sup>867</sup> Em alguns casos tais inferências servirão apenas para corroborar a conclusão tomada por outros fatos e, em outras, apenas para se deduzir a existência de outros. Mas, de outro lado, poderá ser o fator crucial para a inferência da existência da falta do dever de cuidado em si e, nesse momento, surge a necessidade de se definir regras às presunções e, com isso, a técnica da *res ipsa loquitur*.<sup>868</sup>

A expressão *res ipsa loquitur* foi cunhada no caso *Byrne V. Boadle*<sup>869</sup>, quando o Barão Pollock da Corte Inglesa de Exchequer permitiu que um sujeito, que havia sido atingido por um barril, levasse o caso a júri sem prova da negligência do réu, sob a alegação de que este teria a obrigação de provar que agiu com a cautela exigida, visto que, se resguardada, teria evitado o acidente. O autor apenas podia relatar que no dia seguinte acordou acamado com grande dor de cabeça. O Barão disse em latim: “as coisas falam por si mesmas”.<sup>870</sup>

<sup>867</sup> MALONE. *Res ipsa loquitur and proof by inference* (1941-1942), p. 71.

<sup>868</sup> Idem, p. 72.

<sup>869</sup> 159 Eng. Resp. 299 (ex. 1863).

<sup>870</sup> GRADY. *Res ipsa loquitur* (1994), p. 913.

Por vezes a doutrina é concebida como uma mera regra de evidência, que determina o que pode ser tomado *prima facie* como negligência. Por outras, a doutrina é tomada como mero meio de prova, que não dispensa o autor do ônus da prova da culpa do réu, mas permite que, no conjunto probatório trazido aos autos, se faça valer da presunção trazida pela regra da *res ipsa loquitur*, eventualmente levando a uma necessidade, por parte do réu, de afastar a presunção, como verdadeira regra de inversão do ônus probatório.<sup>871</sup>

### 8.5.2 Requisitos

A doutrina americana conferiu características próprias à teoria, exigindo a verificação de três elementos básicos para sua aplicação: 1) o acidente deve ser do tipo que ordinariamente não ocorra sem negligência; 2) antes e ao tempo do acidente o réu tinha exclusivo controle dos instrumentos que causaram o dano e; 3) a vítima não contribuiu para sua própria lesão ou voluntariamente se colocou no risco que levou até aquela.<sup>872</sup> Doutrina e Jurisprudência mais modernas têm acrescentado um quarto elemento: a demonstração de que a prova dos fatos ocorridos seja mais acessível ao réu.<sup>873</sup> Desse modo, não só é necessária a prova de que o autor do fato estava no controle dos meios de prestação do serviço, como também estava processualmente no controle das provas.<sup>874</sup>

<sup>871</sup> SPEISER. *Res ipsa loquitur*, t.1, (1972), pp. 12-14.

<sup>872</sup> Cf. GRADY. *Res ipsa loquitur* (1994), p. 914. Cfr também MCCOID. *The care required of medical e ABRAHAM. Medical Malpractice reform: A preliminary Analysis* (1976-1977), p. 499. practitioners, (1958) p. 621 e Prosser. *Torts* (1955), §§ 42, 43.

<sup>873</sup> Cf. SPEISER. *Res ipsa loquitur – Cumulative Supplement* (2009), pp. 16-19, citando: *Emerick v. Raleigh Hills Hospital* (4th Dist), 133 Cal App 3d 575, 184, Cal Rptr 92; *Vaughn v. American Freight System, Inc.*, 174 Ga App 786, 298 SE2d 284, *Johnson v Burlington Northern, Inc.* 107 Ill App 3d 130, 62 Ill Dec 807, 437 NE2d 334; *Roark v St Paul Fire & Marine Ins. Co.* (La App) 415 So 2d 295, cert den (La) 416 So 2d 557; *Wilson v Stilwell*, 411 Mich 587, 309 NW 2d 898; *Evans v Van Kleek*, 110 Mich App 798, 314 NW2d 486; *Terrel v Lincoln Motel, Inc.*, 183 NJ Super 55, 443 A2d 236; *Payless Discount Centers, Inc v 25-29 North Broadway Corp.* (2d Dept) 83 App Div 2d 960, 443 NYS2d 21; *Stringer v Zacheis*, 105 Ill App 3d 521, 61, Ill, Dec. 113, 434 NE2d 50; *SCM Copr. V Letterer* (Ind App) 448 NE2d 686; *Helton v Forest Park Baptist Church* (Ky App) 589 SE2d 217; *Lewis v Listi* (La App) 377 So 2d 551; *Thompson v Presbyterian hospital, Inc* (Okla) 652 P2d 260, *Van Zee v. Sioux Valley Hospital* (SD) 315 NW2d 489; *Jones v Tarrant utility Co.* (Tex) 638 SW2d 862.

<sup>874</sup> *Senase v Johns*, 69 Ill App 3d 164, 51 Ill Dec 546, 420 NE2d 1104.



Para estabelecer o primeiro requisito, ou seja, a constatação de que o tipo de lesão é daquelas que ordinariamente não ocorreriam sem negligência, o magistrado deverá valer-se do senso comum (daquilo que é de notório conhecimento ou que se depreende da própria lógica) ou então, da opinião do perito que, nesse caso, não precisará indicar em seu laudo que, de fato, é de sua opinião ter havido negligência (o que, como já se viu, não deve ser seu mister), bastando dizer que o tipo de lesão é incomum e normalmente não ocorre sem negligência.<sup>875</sup>

A integração do atestado pericial com a *res ipsa loquitur* pode ser ilustrada no caso *Jonses v. Harrisburg Polyclinic Hospital*<sup>876</sup>, quando uma senhora sofreu paralisia do nervo supraescapular após uma cirurgia ginecológica. A autora argumentou que a paralisia foi resultado da posição de seu braço deixada durante a realização da cirurgia. O argumento da *res ipsa loquitur* foi aceito sobre o atestado do perito de que a paralisia do nervo supraescapular não ocorre ordinariamente durante um procedimento ginecológico, sem a existência de negligência. Também no caso *Richmond County Hospital Authority v. Haynes*<sup>877</sup>, o autor, que tinha sofrido graves cortes e danos nos nervos, enquanto acamado nas dependências do réu em estado comatoso, pleiteou indenização com base na *res ipsa loquitur*, quando o perito atestou que tais lesões não ocorrem ordinariamente, se o devido cuidado é exercido pelo uso de monitoramento do acamado. Em ambas as situações não há indicação da presença de negligência no caso concreto. O perito não fez afirmar a presença de negligência, mas simplesmente indicou, em abstrato, que, no que se observa cotidianamente na prática médica é que tais lesões não ocorrem, sem a presença de negligência (no primeiro caso) ou que não ocorrem, quando o devido cuidado é tomado (no segundo).<sup>878</sup>

Em *Macnutt v. Temple University Hosp. Inc* o autor alegou ter sofrido queimadura química no ombro esquerdo, durante uma cirurgia de correção de síndrome do desfiladeiro torácico. O tribunal entendeu que, tendo em vista que o assistente pericial do autor sustentou a existência da queimadura química, por ter o

<sup>875</sup> RUBSAMEN. *Res ipsa loquitur* in *Califórnia Medical Malpractice Law* (1961), p. 251.

<sup>876</sup> 496 Pa. 465, 437 A 2d 1134 (1981).

<sup>877</sup> 121 Ga. App. 537, 174 S.E.2d 364 (1970).

<sup>878</sup> Cfr EATON. *Res ipsa loquitur and medical malpractice in Georgia: a reassessment* (1982), pp. 54-55.

paciente se quedado em uma banheira de solução de Betadine por período de tempo demasiado longo, e, de outro lado, o assistente pericial do réu ter opinado pela existência de erupções de herpes zoster de pele, e não por queimaduras pelo Betadine, restou controvérsia suficiente para afastar a aplicação da *res ipsa loquitur* que exige a eliminação de outras hipóteses de igual probabilidade.<sup>879</sup> Isso não implica dizer que o autor tenha de eliminar todas as outras possíveis causas da lesão, mas tão somente aquelas derivadas da negligência do próprio autor. O que se exige é que, ao final, reste assentada maior probabilidade da lesão ter ocorrido em face de atitude culposa do réu.<sup>880</sup> Ainda que não seja necessária a eliminação de outras hipóteses, importa que a probabilidade da existência destas, em face da negligência do réu, seja reduzida.<sup>881</sup>

Ainda, em caso da jurisprudência brasileira, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o paciente se submeteu a cirurgia denominada septoplastia nasal, sinusectomia maxilar direita e turbinectomia bilateral, em razão do diagnóstico de rinossinusite crônica, desvio septal nasal e hipertrofia de cornetas. Apurou-se a existência de erro médico por ter o cirurgião lesionado a “lâmina papirácea direita”, pondo em contacto a cavidade nasal com o globo ocular direito, permitindo que fosse deflagrada a denominada “celulite orbital”, que culminou com a perda da visão do olho direito do paciente. O laudo pericial não apontou precisamente o erro médico, mas afirmou que as lesões ocasionadas no olho do paciente eram compatíveis de terem sido originárias do acidente traumático ocorrido durante o vento otocirúrgico.<sup>882</sup> Tendo o paciente se submetido à cirurgia apta a ter causado a lesão,

<sup>879</sup> Macnutt v. Temple University Hosp. Inc., 2007 PA Super 279, 932 A. 2d 980 (2007), appeal denied, 596 Pa. 708, 940 A. 2d 365 (2007). In: SPEISER. Res ipsa loquitur – Cumulative Supplement (2009), p. 40.

<sup>880</sup> Burton v. Warren Farmers Co-op., 129 S.W. 3d 518 (Tenn. Ct. App. 2002). In: SPEISER. Res ipsa loquitur – Cumulative Supplement (2009), p. 40.

<sup>881</sup> Lambert v Gearhart-Owen Industries, Inc. (Tex App 13<sup>th</sup> Dist) 626 SW2d 845. In: SPEISER. Res ipsa loquitur – Cumulative Supplement (2009), p. 41.

<sup>882</sup> TJDF - 20010110768139APC, Relator ANGELO PASSARELI, 5ª Turma Cível, julgado em 14/03/2007, DJ 24/05/2007 p. 91. Restou assentado no Laudo de Exame de Corpo de Delito realizado pelo Instituto Médico Legal-IML (fls. 653/656): “Existe plena compatibilidade clínica técnico-científica, entre o tipo de evento referido e a presente cegueira do Olho Direito do Periciando, como tendo sido decorrente daquele acidente cirúrgico traumático; posto que as conclusões oftalmológicas, presentes na documentação médica juntada ao processo, esclarecem que a causa da Cegueira, no olho acometido do Sr. AGRÍCOLA. RODOLFO, referem-se a graves repercussões no Sentido da Visão, compatíveis de terem sido originárias do acidente traumático, ocorrido na forma e da maneira referidas, durante o citado evento acidental otocirúrgico, de 23/02/2000. O exame oftalmológico de 1999, evidenciou acuidade visual normal com correção visual tanto no olho direito como no olho esquerdo ...

sem que esta seja esperada e aceita nos moldes da melhor técnica, presume-se a existência de erro médico.

De outro lado, a existência de prova pericial não dispensa o magistrado de recorrer ao senso comum e a esmerar-se em uma preparação epistemológica na área de conhecimento afim. Não se exigem do magistrado os conhecimentos próprios de um perito, mas como poderá avaliar as conclusões periciais, se não tiver qualquer elemento prévio que lhe confira o necessário senso crítico para tanto? É necessário que recorra a outras fontes de conhecimento e que, por meio da experiência processual, se aprimore no conhecimento da ciência. Ao juiz é de fato exigível uma cultura científica generalista que o capacite a ponderar a validade do trabalho pericial.<sup>883</sup>

Percebe-se, assim, uma relação de mútua complementaridade: serve a prova pericial ao magistrado para a formação do conhecimento daquilo que, ordinariamente, segue como consequente de determinados fatos, enquanto que se serve também o magistrado de tais conhecimentos (máximas da experiência), a fim de exercer a necessária apreciação crítica da prova pericial.

Na Espanha, propõe-se a averiguação da esperada “normalidade” do evento, que aponta para a presunção de que as consequências de determinado fato seguem seu curso habitual. Desse modo, se determinado procedimento médico tem um resultado habitual, presume-se que, se bem realizado, terá o mesmo resultado. Se, ao contrário, o resultado é inusitado e as circunstâncias permitem presumir a existência de erro médico, ao profissional caberá provar o contrário. É possível que o resultado anormal tenha se implementado por questões particulares do corpo da vítima ou por algum fator apto a romper o nexo causal. A princípio, todavia, impera a presunção do erro médico, quando do rompimento do “nexo de normalidade”, cabendo ao médico a prerrogativa de realizar prova e ilidir a presunção.<sup>884</sup>

---

O paciente Agrícola Rodolfo C. Neto apresentava lesão da lâmina papirácea, antes de 22 de fevereiro de 2000, data da realização da cirurgia da referida denúncia? R- NAO. O paciente Agrícola Rodolfo C. Neto apresentava celulite orbitária antes de 22 de fevereiro de 2000, data da realização da cirurgia da referida denúncia? R-NÃO.” (fls. 655/656).

<sup>883</sup> Cfr. Taruffo. La prova scientifica nel processo civile (2005), pp. 1110-1111.

<sup>884</sup> O Tribunal Supremo espanhol tem adotado tal perspectiva, como é o caso da sentença da 1ª sala de 19/07/2001 (RJ 2001, 5561): “Cuando el mal resultado, obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado, y también

Por sua vez, o requisito da prova de que o médico se encontrava no exclusivo controle dos meios capazes de terem causado a lesão, não pode ser tomado literalmente. É suficiente que as circunstâncias do acidente indiquem que o médico possa ser responsável pela negligência conexa com o dano.<sup>885</sup> De fato, observa-se que até mesmo no clássico exemplo conferido pela doutrina, do médico que esquece compressas de gaze no interior do paciente, não se poderá dizer que tenha exclusivo controle dos meios, pois, de forma geral, não é ao cirurgião que cabe o uso e a retirada de tais compressas e sim a um auxiliar, para que aquele possa restar ocupado com a própria cirurgia. Ainda que se confira responsabilidade pelos prepostos, jamais se poderá dizer, *stricto sensu*, que tenha total controle dos meios. Isso implicaria o absurdo de considerar que tem total controle sobre ações alheias.<sup>886</sup>

Em ilustrativo caso da jurisprudência americana,<sup>887</sup> um paciente procurou o médico com uma simples fratura transversa do rádio do antebraço esquerdo, o qual foi

---

propuesto desde su inicio, que ha de desvirtuar el interviniente, y no el paciente, justificando su adecuada actividad en una impuesta inversión de la carga de la prueba según aquellas sentencias reseñadas, esencialmente la última de ellas que han venido estableciendo por razón de aquella desproporción de resultados que, con más facilidad que nadie, puede justificar el autor de la actividad de la que el mal resultado surge si es que este ha sido por propia culpa o por causa inevitable e imprevisible.” Também da sentença do Tribunal Superior, 1ª sala, de 02/12/1996 (RJ 1995, 8938), restou consignado que: “Asimismo debe establecer que, no obstante, sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según *la lex artis ad hoc*, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando este por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización.” Do mesmo modo, e ainda mais incisiva é a sentença da 1ª sala do Tribunal Superior de 26/06/1999 (RJ 1999, 4895): “En el caso presente, una mujer relativamente joven (44 años) se somete a una operación relativamente sencilla (extirpación de la vesícula biliar) y fallece de una parada cardiorrespiratoria, sin que el centro médico dé la más mínima explicación coherente sobre ello. Es un resultado desproporcionado, la cosa habla por si misma (*res ipsa loquitur*) y hay clara apariencia de prueba (*ancheinsbeweis*) de la culpa virtual (*faute virtuelle*) que si no consta la negligencia de médicos concretos, si aparece, como dice la Sentencia de 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8938), una presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando este las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización”. Em outro caso ainda, a autora fraturou a espinha da tíbia da perna direita em um acidente de esqui e após longo e doloroso tratamento se quedou coxa. O Tribunal Superior, ao condenar o médico à indenização, asseverou: “En definitiva, una caída y una lesión que tampoco se dice que fueran especialmente graves, no complicados, tienen un tratamiento largo y doloroso con un resultado que no puede por menos que considerarse desproporcionado: una cojera irreversible; lo cual crea una deducción de negligencia (*res ipsa loquitur*), una apariencia de prueba de ésta (*Ancheinsbeweis*), una culpa virtual (*faute virtuelle*)”.

<sup>885</sup> RUBSAMEN. *Res ipsa loquitur* in *Califórnia Medical Malpractice Law* (1961), p. 252.

<sup>886</sup> Cf. EATON. *Res ipsa loquitur* and medical malpractice in Georgia: a reassessment (1982), pp. 65-70.

<sup>887</sup> *Olson v. Weitz*, 37 Wash. 2d 70, 221 p.2d 537 (1950).

imobilizado. O gesso foi removido em seis semanas e, após exame médico, o paciente foi liberado. Passados dois dias, o paciente apresentou desvio da fratura do rádio, havendo necessidade de redução cirúrgica. O médico assegurou que, quando o gesso foi removido, o resultado era satisfatório, apresentando apenas a perda natural de arco de movimento (enrijecimento da articulação), e que, em análise fluoroscópica, se constatou formação de calo ósseo na fratura. O paciente, de outro lado, argumentou que imediatamente sentiu que seu braço estava torto e que uma protuberância apareceu na região dorsal do antebraço. O tribunal concluiu que, se havia notório desalinhamento, poderia inferir-se evidente negligência médica.

Não é necessário que o controle seja exercido tão somente pelo acusado, é possível que esse compartilhe o controle com outras pessoas, de alguma forma, envolvidas na ação. Consolidou-se o entendimento de que o significado do termo exclusivo deve ser tomado como “posse, controle ou gerenciamento sobre os meios empregados não pode ser compartilhado com pessoas alheias à atividade desempenhada e que não sejam parte do próprio processo”. Desse modo, nada impede que a regra *da res ipsa loquitur* seja empregada para duas ou mais pessoas, quando sejam agentes da atividade desenvolvida (responsabilidade alternativa).<sup>888</sup>

Finalmente, a participação da vítima no evento danoso, de modo a excluir o requisito do “controle exclusivo dos meios” por parte do pretense responsável, terá o condão de afastar a aplicação da *res ipsa loquitur*. Para tanto, é necessário que haja probabilidades reais do dano ter sido ocasionado por conduta imputada à vítima, o que demandará, novamente, um confronto probabilístico, a fim de se criar as necessárias inferências.<sup>889</sup>

### 8.5.3 Controle das provas e adimplemento do ônus

---

<sup>888</sup> Frank C. Johnson yse National Retailers Mut. Ins Co. 175 Md 592,3 A2d 479. Cfr SPEISER. *Res ipsa loquitur* (1972), p. 65.

<sup>889</sup> SPEISER. *Res ipsa loquitur* (1972), pp. 77-81.

A *res ipsa loquitur* tem como um de seus fundamentos que o pretense autor do dano, em controle da atividade realizada, ou sabe quem é o responsável pelo dano ou, ao menos, está em posição de aferir a causa, enquanto que a vítima, desprovida de tais conhecimentos, é obrigada a trazer o pleito sob termos genéricos, confiando que a dialética criada com a transferência do ônus da prova irá trazer luzes ao ocorrido<sup>890</sup>, como certa vez pronunciado na jurisprudência norte-americana:

“The doctrine of *res ipsa loquitur* furnishes a bridge by which a plaintiff, without knowledge of the cause, reaches over to defendant who knows or should know the cause, for any explanation of care exercised by the defendant in respect of the matter of which the plaintiff complains” (em tradução livre: “A doutrina da *res ipsa loquitur* proporciona uma ponte pela qual o autor, sem o conhecimento das causas, alcança o mesmo nível do réu que sabe ou deveria saber a causa, para qualquer explicação dos cuidados exercidos pelo réu no que concerne ao objeto demandado pelo autor”).<sup>891</sup>

Nas origens da teoria da *res ipsa loquitur*, a possibilidade de fundar-se em presunções era restrita àquele que se encontrasse em situação de inferioridade diante de outro polo da relação processual, o qual, detentor de maior acesso às provas, deveria comprovar que agiu com a devida cautela.<sup>892</sup> Tal fundamento tinha como consequência a exigência de que o autor demonstrasse não ter condições de comprovar a culpa do réu, para poder valer-se de inferências. Se, a despeito da superioridade técnica e conhecimento da própria atividade por parte do pretense autor do evento danoso, o autor possuísse condições de comprovar a possível existência de uma negligência, imperícia ou imprudência, não haveria de ser aplicada a teoria.<sup>893</sup>

A doutrina da *res ipsa loquitur* evoluiu como mecanismo de garantia na produção de inferências, de forma que ao autor que pretenda produzir provas que atestem determinado rumo argumentativo e que tenha condições de comprovar fatos especiais como evidência, não lhe poderá ser negado o benefício de qualquer inferência natural que poderá surgir na ocorrência do acidente. O simples empenho de

---

<sup>890</sup> Idem, p. 83.

<sup>891</sup> Winslow v. Ohio Bus Line Co. 148 Ohio St 101, 35 Ohio Ops 91, 73 NE2d 504, apud SPEISER. *Res ipsa loquitur* (1972), p. 84.

<sup>892</sup> Cf. CARPENTER. The doctrine of *res ipsa loquitur* (1933), p. 522.

<sup>893</sup> Idem, p. 533.

se valer de um esforço argumentativo e probatório não poderá servir como obstáculo ao uso de inferências que seriam naturais ao caso concreto. A política judicial deve seguir pela maximização de todos os mecanismos de construção da verdade processual. Qualquer regra que milite no sentido contrário servirá contrariamente aos interesses da justiça.<sup>894</sup>

EATON acentua que a regra da *res ipsa loquitur* não representa uma isenção do ônus da prova, mas justamente a possibilidade do adimplemento do ônus pelo uso das evidências circunstanciais que construirão a esperada presunção. A intervenção médica será, de início, tida presumidamente como dentro da técnica e padrão esperados, cabendo ao paciente a prova da negligência. O que a *res ipsa loquitur* permite é justamente o meio para se fazer cumprir essa exigência, presumindo-se a falta na análise das circunstâncias trazidas aos autos pelo autor.<sup>895</sup>

#### 8.5.4 Distribuição do ônus da prova

A doutrina da *res ipsa loquitur* permite a inferência da negligência do autor em certas condições e não a imposição da responsabilidade sem culpa. Portanto, não há um imediato estabelecimento das diretrizes de um dever de conduta. É necessário que o dever seja provado, como pressuposto de aplicação da doutrina. A presunção de inferência criada pela doutrina da *res ipsa loquitur* é de que houve uma violação de um dever de conduta e, portanto, serve para a prova de tal violação e não da existência do dever.<sup>896</sup> Além disso, permanece a vítima com o dever de provar a existência do dano. De forma direta, define SPEISER que aquele que pretende valer-se da *res ipsa loquitur*, deve provar *o que ocorreu*; a inferência apenas o exime de provar *como ocorreu*.<sup>897</sup>

Não se trata de uma presunção absoluta, mas de uma inferência que deverá ser levada em conta juntamente com o conjunto probatório, confrontada pelos demais

<sup>894</sup> MALONE. *Res ipsa loquitur and proof by inference* (1941-1942), p. 92.

<sup>895</sup> EATON. *Res ipsa loquitur and medical malpractice in Georgia: a reassessment* (1982), p. 42.

<sup>896</sup> SPEISER. *Res ipsa loquitur* (1972), p. 90.

<sup>897</sup> Idem, p. 92.

elementos e tomada à luz da resposta do réu.<sup>898</sup> Este poderá afastar a presunção, trazendo aos autos prova de que agiu com o cuidado que lhe era esperado ou de que as circunstâncias do caso concreto permitem, do mesmo modo, inferir que os danos decorreram de situações outras que não a negligência do réu.<sup>899</sup> Ao final, a presunção não será obtida, quando houver conflito de evidências ou mesmo quando a única evidência é demasiadamente incerta e especulativa.<sup>900</sup>

Assim que a presunção de culpa é formada, ao médico caberá ilidir a inferência, demonstrando a causa real do dano, que satisfatoriamente estabeleça um nexo de causalidade ou, então, comprovar que sua conduta foi fundada em pautada atenção aos cuidados exigidos, a fim de se evitar o dano, de modo que a explicação mais razoável, segundo as mesmas regras de experiência que justificaram a primeira presunção, é de que a causa real do dano seja outra, que não a conduta do médico.<sup>901</sup>

Desse modo, já se firmou o entendimento na jurisprudência americana que aplica a *res ipsa loquitur* meramente em casos de falha na cura ou porque tenha ocorrido um acidente, a despeito de todas as precauções tomadas e faria do médico uma verdadeira seguradora do paciente, resultando em um desestímulo à prática da arte de curar.<sup>902</sup>

No caso *Helms v St Paul Fire & Marine Ins. Co* realizou-se o tratamento de acne por meio de uma lâmpada ultravioleta em paciente que, no dia seguinte, acordou com um dos lados da face excessivamente inchado e com os olhos impossibilitados de abrir.

---

<sup>898</sup> Como definiu a Suprema Corte Americana: “res ipsa loquitur means that the facts of the occurrence warrant the inference of negligence; not that they compel such and inference; that they furnish circumstantial evidence of negligence where direct evidence of it may be lacking, but it is evidence to be weighed, not necessarily to be accepted as sufficient; that they call for explanation or rebuttal, not necessarily that they require it; that they make a case to be decided by the jury, not that they forestall the verdict”. *Sweeney v. Erving*, 228 US 233, 57 L Ed 815, 33 S CT 416. Cf. SPEISER. *Res ipsa loquitur* (1972), p. 97. Em tradução livre: “Res ipsa loquitur significa que os fatos do evento garantem a inferência de negligência, não que vinculem a inferência, mas que proporcionam evidências circunstanciais, quando haja carência de provas diretas, mas é uma evidência a ser pesada, não necessariamente aceita como suficiente, que são avaliadas junto à contraprova e explicações conferidas, não que necessariamente demandem isso; faz-se um caso a ser decidido pelo júri, não que se faça firmar o veredito. Res ipsa loquitur, onde pode ser aplicada, não converte questão geral do réu em uma defesa afirmativa. Quando todas as evidências são, a questão para o júri é, se a preponderância é com o queixoso”.

<sup>899</sup> *Idem*, p. 120.

<sup>900</sup> SPEISER. *Res ipsa loquitur* (1972), t. II, p. 173.

<sup>901</sup> Speiser. *Res ipsa loquitur*, t. I, (1972), p. 22

<sup>902</sup> 13 Clev-Mar 130 (1964).



A despeito da aparente existência do nexo de causalidade, a doutrina da *res ipsa loquitur* foi afastada em face do depoimento de dois dermatologistas que indicaram a maior probabilidade da reação ter sido ocasionada por uma bolha febril dormente, não aparente.<sup>903</sup>

Do mesmo modo, é possível também afastar-se a presunção, caso, ainda que não se revele a causa mais provável do dano, seja estabelecida inferência de que o acidente pode ter se dado, por causa outra que não a negligência do réu, no mesmo grau de probabilidade.<sup>904</sup> Por outro lado, não é necessário o afastamento de outras possíveis causas, mas tão somente que a probabilidade reste reduzida, a ponto de se concluir que a maior verossimilhança se encontra na imputação realizada.<sup>905</sup> Em outro caso também da jurisprudência norte-americana, restou assentada a desnecessidade de eliminação de outras causas do dano, afirmando que tudo que se exige é a evidência de que, na perspectiva de um homem sensato, é mais provável que haja negligência associada com a causa do evento, do que o contrário.<sup>906</sup>

#### 8.5.5. Aplicação jurisprudencial

A doutrina da *res ipsa loquitur* tem sido aplicada, a exemplo, em casos em que o cirurgião arranca, por acidente, um dente em cirurgia de remoção de amídalas<sup>907</sup>; quando o médico deixa agulhas<sup>908</sup> ou gaze<sup>909</sup> dentro do corpo do paciente ou quando a infecção é causada pelo uso de aparelhos não esterelizados<sup>910</sup>. Não se aplicará,

<sup>903</sup> Helms v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co. (La App) 289 So 2s 288, in: SPEISER. Res ipsa loquitur – Cumulative Supplement (2009), p. 36.

<sup>904</sup> Massey v. Scwegmann Giant Super Markets, Inc. (La App 4<sup>th</sup> Cir) 557 So 2d 280. In: SPEISER. Res ipsa loquitur – Cumulative Supplement (2009), p. 37.

<sup>905</sup> Finocchio v. Crest Hollow Club at Woodbury, Inc. (2d Dept) 184 App Div 2d 491, 584, NYS2d 201. In: SPEISER. Res ipsa loquitur – Cumulative Supplement (2009), p. 59.

<sup>906</sup> Mets v. Garud, 186 Mont 265, 606 P2d 1384 (Ovrlld TTompkins v Northwestern Union Trust Co., 198 Mont 170, 645 P2d 402, 25 ALR4th 1220). In SPEISER. Res ipsa loquitur – Cumulative Supplement (2009), p. 38.

<sup>907</sup> Brown v. Shortlidge, 98 Cal. App. 352, 277 Pac. 134 (1929).

<sup>908</sup> Sellers v. Noah, 209 Ala. 303, 95 So. 167 (1923).

<sup>909</sup> Palmer v. Humiston, 87 Ohio St. 401, 101 N.E. 283 (1913).

<sup>910</sup> Helland v. Bridenstine, 55 Wash. 470, 104 Pac. 626 (1909).

todavia, quando há responsabilidade de mais de uma pessoa ou quando um terceiro, participante do evento danoso, estava fora da esfera de controle do réu.<sup>911</sup>

Sem dúvida, o exemplo mais citado pela doutrina especializada norte americana é o da detecção de objeto estranho, deixado dentro do corpo do paciente, após a cirurgia, visto a notoriedade do erro médico. No entanto, na Argentina, BUERES relata curioso caso análogo em que a solução tomou outros termos. Quando foi encontrado um pedaço de uma agulha de sutura no hipocôndrio direito (interior do parênquima hepático) do paciente, após operação no aparato digestivo, o magistrado concluiu pela inexistência de culpa e do fator de imputabilidade. Com efeito, a perícia concluiu que o objeto incrustado no fígado do autor não oferecia nenhum risco de qualquer índole. Ressalta BUERES que tal circunstância, por si só, já dispensaria a análise da culpa, mas, no caso presente, restou demonstrado que a ruptura de agulhas de sutura é muito comum e que o médico procedeu corretamente, ao abandonar o segmento dentro do corpo do paciente, visto que, se tivesse insistido em sua extração, poderia ter ocasionado um dano importante e irreversível ao parênquima hepático.<sup>912</sup> A presunção de culpa gerada pela existência de objeto estranho dentro do corpo do paciente permaneceu latente, sem que, contudo, fosse afastada a possibilidade de realização da prova em contrário, como é próprio da doutrina da *res ipsa loquitur*.

Também em paradigmático caso da jurisprudência norte-americana, *Inouye v. Black*<sup>913</sup>, o paciente se apresentou, após um acidente automobilístico, com rotura de ligamento do pescoço que lhe causava perda de estabilidade entre a primeira e a segunda vértebra cervical. Se o problema não fosse corrigido, haveria grandes riscos de paralisia. O médico, futuramente feito réu em processo indenizatório, utilizou-se de um fio de aço inoxidável de grossura designada como número 18. Esperava-se que esse fio viesse a se romper, mas até que isso ocorresse o ligamento estaria restituído.

---

<sup>911</sup> Loehner v. North Chicago St. fly. Co., 116 Ill. App. 365 (1904). Em outras situações, em que se pleiteou aplicação da doutrina da *res ipsa loquitur*, o uso de inferências foi rejeitado: fraturas que teriam sido causadas durante tratamento de choque elétrico (Johnson v. Rodis, 251 F.2d 917 [D.C. Cir. 1948]); paralisia que se teria seguido a anestesia peridural (Hall v. United States, 136 F. Supp. 187 [W.D. La. 1955]); desenvolvimento de contratura de Volkmann (mãos em garra) após redução de fratura e aplicação de gesso muito apertado (Bowles v. Bourdon, 148 Tex. 1, 219 S.W.2d 779 [1949]); e, violenta reação à administração de penicilina por injeção hipodérmica nas nádegas (Toy v. Rickert, 53 N.J. Super. 27, 146 A.2d 510 [App. Div. 1958]).

<sup>912</sup> Cf. BUERES. Responsabilidad civil de los médicos (1980), p. 247

<sup>913</sup> 238 Cal App. 2d 31.

Quando se quebrasse, o fio permaneceria no corpo, sem que houvesse expectativas de danos. Dois anos depois o raio-x revelou que o fio havia se rompido em pedaços muito pequenos, evento não esperado pelo médico. Um desses pedaços, de aproximadamente uma polegada, havia se deslocado para a parte inferior da coluna envolvendo a medula e outro na área cervical, o que demandava nova cirurgia. Restou comprovado por três testemunhas que o médico havia testado o fio, manual e fisicamente, o qual, por sua vez, era usado habitualmente no hospital em que trabalhava. Também restou comprovado que o fio havia sido corretamente amarrado e que sua grossura era apropriada, isentando, ao final, o profissional da responsabilidade.

No Direito italiano a doutrina tem encontrado aceitação na jurisprudência, em especial nos casos de erro médico que versem sobre procedimentos "de fácil execução" ou "de rotina" que, enquanto de um lado, tem optado por afastar as tentativas de caracterização de obrigação de resultado, pela difícil construção dogmática, de outro, tem se socorrido do princípio da *res ipsa loquitur*, de maior expressão no ordenamento jurídico anglo-saxão (em que a responsabilidade do médico é sempre de natureza aquiliana), permitindo que a evidência circunstancial crie uma dedução de negligência.<sup>914</sup>

Em Portugal, é possível afirmar que a inferência de erro médico, mesmo ante a falta de prova conclusiva, é um expediente utilizado, quando os indícios apontarem que o dano é daqueles que não poderiam existir senão na presença de erro médico, ainda que sem o recurso de uma teoria de inferências estruturada. Em ilustrativo caso da jurisprudência portuguesa, fez-se presumir a culpa do médico que, depois de esclarecer o paciente acerca da doença que o afetava (contracção de Depuytren), da técnica cirúrgica adequada e dos riscos inerentes, informou-o de que se tratava de uma simples operação cirúrgica que repararia o dedo da mão e eliminaria a

---

<sup>914</sup> Infine si riprende la distinzione sulle tipologie di interventi concentrando l'attenzione su quelli di facile esecuzione ovvero routinari. La giurisprudenza precisa che nel caso di intervento di facile esecuzione, non si verifica un passaggio da obbligazioni di mezzi in obbligazione di risultato, che sarebbe difficile dogmaticamente da giustificare a meno di negare la stessa distinzione tra i due tipi di obbligazioni (come pure fa gran parte della recente dottrina) ma opera il principio *res ipsa loquitur*, ampiamente applicato in materia negli ordinamenti anglosassoni (dove la responsabilità del medico è sempre di natura aquiliana), inteso come "quell'evidenza circostanziale che crea una deduzione di negligenza" (Cass. 16 febbraio 2001, n. 2335; ma anche Cass. 19 maggio 1999, n. 4852 e Cass. 22 gennaio 1999, n. 598).

“contração”. A despeito da declarada simplicidade da cirurgia, após sua realização, o paciente apresentou piora de seu estado original. Concluiu o Supremo Tribunal de Justiça que “se depois de uma intervenção cirúrgica simples as condições do paciente são piores do que as anteriores, presume-se que houve uma terapia inadequada ou negligente execução profissional, cabendo ao médico o ónus da prova de que a execução operatória foi diligente.”<sup>915</sup>

Em outra ocasião, assentou o mesmo tribunal que:

“(…)

Perante a realidade concreta do relatório da autópsia, perante a brutalidade que ela representa, perante o grave traumatismo no corpo de um recém-nascido que revelou, na autópsia, maturidade visceral, crescimento e maturidade ósseas compatíveis com IG (idade gestacional), é chocante que o tribunal a quo, como o de 1.ª Instância, tenha dito que não foi feita prova nos autos de que a morte do filho dos AA resultou de factos praticados pelos RR, ou melhor, que os actos praticados pela 2.a Ré (Dra. DD) na assistência ao parto tenham sido inadequados e tenham sido a causa da morte do filho dos AA.”<sup>916</sup>

Também, tal qual os clássicos casos de esquecimento de compressa na cavidade abdominal do paciente, decidiu o Tribunal da Relação de Évora:

"Se uma compressa é deixada no interior do corpo de um paciente sujeito a uma intervenção cirúrgica, verificar-se-á sempre negligência do médico cirurgião, na medida em que lhe compete cumprir e fazer cumprir os procedimentos impostos pelas regras da arte e designadamente verificar se nenhuma anomalia ocorreu no decurso da operação, se por si ou por outrem havia sido deixado qualquer objecto no corpo do paciente.”<sup>917</sup>

No mesmo sentido, é o Supremo Tribunal de Justiça português<sup>918</sup> que assevera “O esquecimento de compressas ou de instrumentos utilizados na cirurgia dentro do corpo do doente tem sido considerado como a omissão de um dever de diligência.” Presente a presunção de culpa, resta ao médico “ilidir a presunção legal de culpa no defeito verificado”.

<sup>915</sup> 17-12-2002 - Revista n.º 4057/02 - 6.ª Secção - Afonso de Melo (Relator), Fernandes Magalhães e Silva Paixão.

<sup>916</sup> STJ. Acórdão de 07/10/2010, Proc. n.º 1364/05.5TBCL.G1, 6ª Secção. Rel. Ferreira de Almeida.

<sup>917</sup> Acórdão nº 2403/06-2 de Tribunal da Relação de Évora, Abril 19, 2007.

<sup>918</sup> 27-11-2007 - Revista n.º 3426/07 - 6.ª Secção - Rui Maurício (Relator), Azevedo Ramos e Silva Salazar Maria dos Prazeres Beleza, Lázaro Faria e Custódio Montes (declaração de voto).

Ainda que a doutrina da *res ipsa loquitur* não faça parte da realidade da jurisprudência brasileira, recebendo ao máximo breves menções de doutrina especializada, é certo que seus preceitos são compatíveis com o entendimento externado em certos julgados, em especial no que concerne à presunção de culpa, quando as circunstâncias do caso em concreto, em confronto com as regras da experiência, indicarem que aquele tipo de dano normalmente não ocorre sem a presença de negligência.

É o caso, apreciado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, de um paciente que, ao se submeter à operação de extração de cisto na coluna, saiu do hospital com queimadura de 3o grau, em formato circular de 7 cm de diâmetro, na parte inferior frontal da perna esquerda, provocada por bisturi elétrico aquecido<sup>919</sup>, ou, em situação semelhante, quando o paciente sofreu graves queimaduras causadas por cauterizador elétrico, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.<sup>920</sup> Em outro episódio, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu por aplicar a doutrina da “culpa *in re ipsa*” quando o paciente, ao se submeter à cirurgia de eleição, para correção de deficiência em um dos olhos, veio a obter, como resultado, a perda de visão. Entendeu o Tribunal por afastar a concepção de obrigação de resultado, mas reconhecer que:

“inegavelmente dessa se aproxima a denominada cirurgia funcional, merecendo ser responsabilizado o médico que, por razões insuficientemente comprovadas, não só não logra êxito – o que não lhe era exigido – mas termina por deixar o paciente em situação extremamente pior do que se encontrava anteriormente, pois sem visão justamente no olho operado.”<sup>921</sup>

#### 8.5.1 Incremento dos fatores de precaução e aplicação da teoria

<sup>919</sup> TJSP - Apelação Com Revisão 994020723500. Relator Ênio Zuliani, 4ª Câmara de Direito Privado, DJ 10/08/2005.

<sup>920</sup> Ac. Do Supremo Tribunal de Justiça de 18-02/1992. LOPES. Responsabilidade civil médica (2005), p. 280.

<sup>921</sup> Art. 1545 do Código Civil. TJRS – Processo nº 598068245 – 6ª Câmara Cível – Rel. Antônio Jandyr Dall’Agnol Júnior – 11/11/98.

GRADY explica que o aumento do índice de precaução, exigida para determinado ato, torna a aplicação da *res ipsa loquitur* mais forte. Há duas razões que explicam tal fenômeno. Primeiro, o índice de precaução obstaculiza a maior parte dos acidentes e os torna evitáveis pelo devido cuidado. Em segundo lugar, altos índices de precaução são particularmente custosos e, portanto, difíceis de alcançar, por isso, o índice de verificação de erros de obediência da norma aumenta na medida do aumento da exigibilidade de precaução. Conclui-se que altos índices de precaução reduzem simultaneamente a probabilidade de acidentes sem negligência e aumenta os índices de verificação de negligência. A combinação desses dois efeitos produzem a força da teoria da *res ipsa loquitur*.<sup>922</sup>

MALONE explica que, quando as precauções que o agente deve tomar para impedir a lesão aumentam, proporcionalmente se eleva o número de hipóteses disponíveis de caracterização da falta de cuidado.<sup>923</sup> É necessário, de outro lado, que o agente tenha o controle das circunstâncias. Isso não implica dizer que tenha de se eliminar qualquer outra causa contributiva, mas que, diante da consideração das probabilidades, a negligência encontrada possa ser, probabilisticamente atribuída Com exclusividade ao agente.<sup>924</sup> O propósito deste requisito é justamente limitar o número de inferências não conexas com a conduta do agente, que possam ser retiradas da ocorrência do acidente. Ainda que aceite meramente como um elemento de direção ao juiz, e não como um requisito engessante da aplicação da teoria, não se pode negar sua utilidade, no sentido de afastar a aproximação com teorias da responsabilização, sem preocupação com a avaliação da culpabilidade.<sup>925</sup>

Percebe-se que, se as exigências de prevenção são elevadas, menores são as chances de resultados desastrosos. Se estes acabam implementando-se, em um cenário de menor probabilidade de infortúnios, maior a probabilidade de que este tenha decorrido da falta de observância de algum dos deveres de cuidado ou precaução exigidos.

---

<sup>922</sup> Grady. *Res ipsa loquitur* (1994), p. 931.

<sup>923</sup> MALONE. *Res ipsa loquitur and proof by inference* (1941-1942), p. 78.

<sup>924</sup> FLEMING. *Proof of the breach in negligence cases* (1951), p. 204-206.

<sup>925</sup> Cf. MALONE. *Op. cit.*, p. 80.

### 8.5.1 Apreciação crítica da teoria da *res ipsa loquitur*

Conforme exposto, a teoria da *res ipsa loquitur* foi sendo, ao longo do tempo, construída pela jurisprudência anglo-saxã, de modo a lapidar lacunas, impor requisitos rígidos para sua aplicação e distribuir o ônus da prova segundo parâmetros pré-concebidos, exigindo o preenchimento de pressupostos e permitindo a prova em contrário, impulsionando, de outro lado, aquele que em melhores condições se apresenta. A despeito disso, críticas têm sido levantadas à teoria, as quais, muitas vezes se contradizem em seus próprios fundamentos.

O. C. ADAMS assevera que a *res ipsa loquitur* configura-se, na realidade, em uma responsabilidade sem culpa, disfarçada de imputação por presunção. Entende o autor que, na avaliação do dilema entre deixar o lesado sem a devida indenização e responsabilizar um médico, sem a certeza de que sua conduta em específico foi causa do evento danoso, os adeptos da doutrina preferem conferir ao médico o ônus de comprovar sua inocência, ainda que tal tarefa se apresente impossível. Refere-se a uma visão anacrônica, de um estereótipo profissional desajustado, irresponsável, vindicando a inadequação de tratar o profissional médico de maneira estigmatizada.<sup>926</sup>

Também tecendo críticas, considera TWERSKI que a doutrina da *res ipsa loquitur* reconhece que o magistrado não sabe e, por vezes, não tem como saber se o fato realmente ocorreu no caso em particular e, por isso, a presunção de negligência deriva do conhecimento de causas semelhantes ou categorias de acidentes envolvidos, de modo a pautar-se em generalizações de que a negligência é a melhor explicação para a causa do resultado danoso. Conclui o autor que a deficiência inerente ao argumento consiste em não ser capaz de traçar o nexo causal entre a conduta e o resultado no caso em concreto e, assim, o réu, apresentando algum argumento justificador de sua conduta, é capaz de elidir a conexão existente com a generalização.<sup>927</sup>

Percebe-se que, enquanto O. C. ADAMS se insurge contra uma dura inversão do ônus da prova, lançando-se o autor em defesa de uma classe médica que se apresenta como vítima de um estereótipo mal construído e estigmatizado, TWERSKI considera que

---

<sup>926</sup> Cf. ADAMS. *Medical Malpractice: Misuse of res ipsa loquitur* (1961), pp. 1053-1057.

<sup>927</sup> TWERSKI. *Negligence per se and res ipsa loquitur* (2009), p. 1001.

a solução para o problema da dificuldade probatória é insatisfatória, na medida em que permite ao médico, com facilidade, se desvencilhar da presunção estabelecida. O primeiro atribui excessiva dureza aos interesses do médico, enquanto o segundo compreende como insuficientes os interesses do paciente, hipossuficientes na realização da prova.

Em verdade, a distribuição do ônus da prova sempre será tarefa árdua e, de um modo ou de outro, se fundará na análise das evidências. No particular caso de averiguação do erro médico, em que se apresenta o paciente com especial dificuldade em realizar as provas, visto que não só não deteve o controle da atividade como, correlatamente, também não detém o controle das provas, importa que em homenagem ao princípio da eventualidade, o impulso processual seja dirigido a proporcionar a maior produção de provas, de forma a permitir ao magistrado o maior conhecimento da verdade dos fatos.

Não há propriamente uma inversão do ônus da prova, pois ao autor não é dispensada a prova dos deveres médicos, do controle das circunstâncias por parte do profissional e nem dos indícios que façam presumir a maior probabilidade de que o acidente seja daqueles que não se produzem na ausência de negligência. A *res ipsa loquitur* é regra de construção das presunções, de ponderação das evidências e de distribuição do ônus da prova, de forma pré-concebida e estruturada e merece atenção à sua oportunidade e adequação.

## **8.6 Prova *prima facie* – Anscheinsbeweis**

Na versão alemã e italiana da prova *prima facie*, a verificação de indícios de negligência, por meio de máximas da experiência, será suficiente para se inverter o ônus da prova. É necessário que se comprove apenas uma primeira impressão de violação de um dever de conduta.

A maior ou menor probabilidade de um comportamento negligente ter sido o causador do dano é relevante para o estabelecimento do nexo causal entre a conduta e as lesões. Se o dano sofrido for imputado, segundo a normalidade dos eventos, a



uma infração de um dever de cuidado do médico, caberá a este a prova de que, naquela situação, não há qualquer relação entre o dano e um eventual erro procedimental.<sup>928</sup>

CASTRO MENDES ilustra a aplicação da prova *prima facie* por meio da fórmula  $a+b+c+d$ , quando se dispensaria a prova de  $d$  em razão das máximas da experiência indicarem que, na presença de  $a$ ,  $b$  e  $c$ , normalmente se segue também a presença de  $d$ . Ao autor, nesse caso, prescindível é a comprovação da existência de  $d$  e o ônus da prova recairá sobre o réu que poderá comprovar a não existência de  $d$  ou circunstâncias peculiares que afastem a presunção. Nesse último caso, caberá ao autor a prova de que  $d$  de fato ocorreu.<sup>929</sup>

Para afastar a prova *prima facie*, não é suficiente a prova da distante e teórica possibilidade de um sucesso atípico. É necessária a prova de que essa possibilidade, no caso concreto, é de fato considerável. Em outras palavras, devem se mostrar indícios de que, no caso concreto, os eventos não se sucederam de forma normal, a despeito de toda aplicação da técnica correta. Do mesmo modo, também é possível a prova de que os fatos que sustentam a afirmação não ocorreram, mas quando são várias as possíveis causas do dano e em todas se demonstra a presunção de culpa, o médico somente poderá desvirtuar a prova *prima facie*, se forem reputadas impossíveis todas as causas ou uma outra causa for demonstrada como provável, pela qual não terá responsabilidade. Por outro lado, se nas várias causas possíveis, apenas em uma o médico aparece como culpado, não há de se aplicar a prova *prima facie*.<sup>930</sup>

Caminhando no mesmo sentido, ROSEMBERG assinala que a livre apreciação da prova permite que o juiz, graças a princípios fundados na experiência, tire conclusões de certos fatos não discutidos ou provados, com respeito à verdade de outros discutidos. Desse modo, é possível estabelecer-se a suposição de que em um caso algo tenha sucedido, porque determinados casos regularmente sucedem deste modo. Ao se comprovar um fato, é permitido considerar também outro como existente, quando aquele, por regra geral, é a consequência ou o pressuposto deste último.<sup>931</sup> Nesse

<sup>928</sup> SOUSA. Sobre o ônus da prova nas ações de responsabilidade civil médica (1996), p. 141.

<sup>929</sup> MENDES. Do conceito de prova em processo civil (1961), pp. 668-669.

<sup>930</sup> LUNA YERGA. La prueba de la responsabilidad médico-sanitaria (2004), p. 279-280.

<sup>931</sup> ROSEMBERG. La carga de la prueba (1956), p. 164.

percurso, pondera DEMOGUE que o juiz não poderá adentrar no terreno da ciência médica, além dos limites em que o conhecimento comum, o bom senso e a prudência poderão assegurar-lhe capacidade para a ponderação dos fatos.<sup>932</sup>

Assim, segundo sua livre apreciação da prova, o juiz considera provado o que, segundo a experiência, constitui uma regra de vida, desde que não se apresentem circunstâncias excludentes da aplicação de tal regra. É claro que não há segurança absoluta em tal aplicação. Não há meios suficientes de conhecimento da realidade, nem mesmo de detecção perfeita de tais probabilidades. Jamais será possível garantir que, se determinados fatos têm como consequência outros, a aferição destes últimos significa a realização dos primeiros ou vice-versa.<sup>933</sup> Mas o juiz que se encontra no nível de cultura de sua época e que, por sua atividade prática, conhece a situação de seu país e de seu distrito, as idéias e costumes de seu povo, não deve duvidar em um caso em que qualquer outra pessoa razoável tiraria as mesmas conclusões. Assim, cada parte responderá pela prova das presunções que pretende levantar, cabendo à outra parte a contraprova, alegando circunstâncias especiais que, excepcionalmente, façam parecer inadequada a aplicação deste princípio fundado na experiência.<sup>934</sup>

Desse modo, ROSEMBERG se refere a “prova *prima facie*”, ou prova à primeira vista, aplicável quando se trata dos assim chamados sucessos típicos, isto é, em casos em que reste comprovado um estado de coisas, que, segundo a experiência da vida, faz inferência da existência de uma causa determinada ou de uma culpa. A prova *prima facie* se contenta, para provar a culpa, com que se demonstre uma irregularidade ou a violação de um dever, sobre o qual se justifica concluir que somente a omissão da diligência necessária pode ter causado o dano e deixa ao demandante a tarefa de provar circunstâncias sobre as quais se infere a falta ou culpa.

<sup>932</sup> Cf. DEMOGUE. *Traité des obligations en général*, t. VI (1931), pp. 185-186.

<sup>933</sup> Segundo ARENHART: “É preciso convencer os processualistas de que a descoberta da verdade é um mito e de que o processo trabalha, de fato (e sempre trabalhou, embora veladamente) com a verossimilhança e com a argumentação (...) Apenas com isto é que se logrará livrar o processo de certos vícios que atravancam seu desenvolvimento. Exemplo deste vício é a impossibilidade de, com base em prova obtida *prima facie*, poder o juiz continental-europeu julgar a lide. Ora, isto somente não é possível pois objeta a doutrina tradicional que, sem aprofundar o conhecimento da lide, não pode o juiz julgar definitivamente a lide. Superado o conceito de verdade e considerando que a prova obtida *prima facie* possa trazer à consciência do juiz a convicção necessária para o julgamento definitivo, nada há que obstaculize tal procedimento.” (ARENHART. *A verdade e a prova no processo civil* [2005], p. 30).

<sup>934</sup> ROSEMBERG, op. cit, p. 165.

De modo similar, para provar o nexo causal, é suficiente que a parte que detenha o ônus da prova “demonstre uma tal coincidência exterior de fatos, que, segundo o rumo normal das coisas, conhecido graças à experiência, se justifica a conclusão de que esses fatos se encontrem entre eles em relação de causa e efeito. À outra parte, caberá, como contraprova, demonstrar que o efeito produzido não se pode atribuir a esses fatos como prova. Realizar-se-á tal contraprova, ao demonstrar boa possibilidade dos fatos terem tido um destino distinto ou que as coisas tenham seguido um rumo atípico. Não existe um ônus da prova à realização da contraprova, mas tão somente é necessário trazer ao juiz elementos que enfraqueçam sua convicção sobre a probabilidade da causa e consequência. Por isso, não há de se falar, no caso em questão, em inversão do ônus da prova.”<sup>935</sup>

A jurisprudência do Bundesgerichtshof tem aceitado a prova *prima facie* para os casos de infecção hospitalar, permitindo-se constatar a relação de causalidade entre a tuberculose sofrida por um paciente de baixa idade e de saúde delicada e o fato de tê-lo acomodado em um quarto, juntamente com um paciente que padecia de tal enfermidade.<sup>936</sup> Também reiteradamente o Bundesgerichtshof tem acolhido a prova *prima facie* para estabelecer o nexo de causalidade entre uma omissão de determinada diligência e o dano. Assim foi o caso da não retirada de um gesso posto em razão de fratura sofrida, em uma partida de futebol, que vinha obstruindo o fluxo sanguíneo do paciente, causando, ao final, a amputação da perna.<sup>937</sup> Igualmente, aplicou-se a doutrina, quando o ombro de um nascituro que se encontrava travado por detrás do púbis de sua mãe, devido às manobras para retirá-lo, sofreu sequelas irreversíveis que afetaram seu normal desenvolvimento, quando o aconselhado pela ciência médica era a prática da cesárea.<sup>938</sup>

O conceito de tipo médio ou tipo de frequência, segundo LARENZ, terá grande utilidade na constituição da prova *prima facie*. Estará presumido o processo causal quando as circunstâncias, de fato, se alinharem ao processamento típico do evento e

---

<sup>935</sup> Idem, pp. 166-167.

<sup>936</sup> Sentença de BGH de 22 de janeiro de 1960 (VI ZR 121/58, München, VersR 1960, pp. 4116-419, apud LUNA YERGA (2004).

<sup>937</sup> Sentença de BGH de 21 de abril de 1961 (VI ZR 136/60, Karlsruhe, VersR 1961, pp. 613-614), apud LUNA YERGA (2004).

<sup>938</sup> Sentença de OLH Bremen de 21 de março de 1979 (3 U 24/77 [c], VersR 1979, pp. 1060-1062), apud LUNA YERGA (2004).

não restar, de outro lado, comprovada outra circunstância que sugira possibilidades distintas ou, em outras palavras, atípicas. O processamento típico do evento será deduzido das “máximas da experiência”, que por seu lado podem ser obtidas da “experiência geral da vida”. É claro que tal análise não poderá jamais levar em conta todas as circunstâncias, mas tão somente conferir um grau maior ou menor de probabilidades. O certo é que, se não restarem comprovadas outras circunstâncias capazes de afastar o desenvolvimento habitual dos fatos, aceitar-se-á que o desenvolvimento efetivo foi o esperado segundo sua tipicidade.<sup>939</sup>

Esta imagem fenomênica, a que subjaz um tipo empírico, é obtida por meio da experiência. Mas a seleção dos fenômenos decisivos e a delimitação mais concreta do tipo são determinadas conjuntamente pelo escopo da norma e pelas idéias jurídicas que estão por detrás da regulação. O tipo se constituirá, portanto, de elementos empíricos e normativos e, por isso, LARENZ o chamará de *tipo real normativo*.<sup>940</sup>

Em bases tipológicas, nos Estados Unidos tem-se desenvolvido a teoria da *negligence per se* que propõe uma presunção de culpa, quando da simples violação das regras impostas por um estatuto. Com o mesmo cuidado de LARENZ, adverte TWERSKI, todavia, que os mandamentos do estatuto não podem ser tomados em absoluto. A teoria da *negligence per se*, apesar de ter suas bases em tipificações, deve estar sensível às particularidades do fato em concreto, de modo a não aplicar estritamente os regramentos impostos, se as circunstância concretas exigiam conduta diversa.<sup>941</sup>

Percebe-se que as teorias propostas no intuito de relativizar as regras rígidas de distribuição do ônus da prova, quando da presença da maior capacidade probatória de uma das partes, têm em comum a verificação da verossimilhança do alegado e a formação de presunções. É a partir daquilo que normalmente decorre como consequência de determinados antecedentes que se formam os juízos de valor e se apreciam as relações de causalidade. A despeito de algumas críticas que tivemos a oportunidade de tecer, na análise de cada teoria, a construção de inferências se apresenta, em nossa concepção, como o caminho para a construção de um modelo

<sup>939</sup> LARENZ. Metodologia da Ciência do Direito (1983), p. 566.

<sup>940</sup> Idem, p.567.

<sup>941</sup> TWERSKI. Negligence por(per) se and res ipsa loquitur (2009), p. 1002.

apropriado à investigação do erro médico e, tomando proveito das construções até então realizadas, é que, nesse viés, partimos para o último e derradeiro capítulo.

## CAPÍTULO 9

### INFERÊNCIA PROBABILÍSTICA – MAIOR APROXIMAÇÃO DA VERDADE PARA A ADEQUADA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

#### 9.1 Formação das presunções

As presunções são definidas por POTHIER como “um juízo que a lei ou o homem faz sobre a verdade de uma coisa, como uma consequência tirada de outra coisa”.<sup>942</sup> Essa fórmula será retirada da análise dos acontecimentos que de costume ocorrem. Diferem da prova, propriamente dita, porque esta confere fé por si mesma do fato, enquanto a presunção “dá fé por uma consequência tirada de outra coisa”.<sup>943</sup> Na definição do Código Civil português, em seu artigo 349º, “Presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido.”

POTHIER fala em três tipos de presunções. As primeiras são as *juris et jure*, as quais são dotadas de tal força que não admitem prova em contrário, como é o caso da coisa julgada.<sup>944</sup> As presunções de direito, por sua vez, estão fundadas sobre algum dispositivo legal ou texto de direito, as assim chamadas *praesumptiones juris*.<sup>945</sup> Elas conferem a mesma certeza que uma prova para fundar sua demanda ou sua defesa, mas poderão ser desconstituídas por prova em contrário. Finalmente, haverá aquelas denominadas de presunções simples. Essas não estão previstas em lei, mas são

---

<sup>942</sup> POTHIER. Tratado das obrigações (2002), p. 718.

<sup>943</sup> Idem, p. 719.

<sup>944</sup> Diferenciam-se da ficção. Nesta, não há uma aproximação da verdade. O legislador toma como verdade aquilo que, por vezes, muito provavelmente, não o será. É o caso da citação por edital. Cria-se a ficção de que o réu tomou ciência da ação contra si proposta, quando a grande maioria da população não lê o diário oficial. Nas presunções absolutas presume-se a existência do fato, visto que é sabido que, normalmente, determinado fato x tem como consequência o fato y.

<sup>945</sup> Por trás da presunção legal também estão os fundamentos da máxima da experiência, agora, não introjetada pelo magistrado, mas pelo legislador que procura assegurar que o juiz configure os fatos, segundo a compreensão da sociedade, em determinada época e lugar.

suficientemente fortes para darem a mesma fé que as presunções de direito.<sup>946</sup> São também denominadas como “de fato” (*presuntiones facti*), ou “do homem” (*praesumptiones hominis*), que têm por base aquilo que se depreende dos conhecimentos da experiência da vida, do que ordinariamente ocorre no cotidiano (*id quod plerunque accidit*, o que acontece na maior parte das vezes).<sup>947</sup> São estas últimas que interessam a este trabalho, pois permitem ao juiz fazer inferências sobre a existência ou não do erro médico, quando da presença de determinados indícios.

A relação entre o fato conhecido e o desconhecido é tal que da existência do primeiro se possa logicamente inferir, senão com certeza, ao menos com forte dose de probabilidade a existência ou inexistência do segundo. O juiz se valerá de seus conhecimentos do fato X para tirar conclusões sobre o fato y, visto que sabe que na ocorrência do fato X normalmente, ou mesmo necessariamente, haverá o fato y. Não se trata de um raciocínio valorativo da prova. O que de fato faz o magistrado é valorar a prova colhida acerca de X, a fim de firmar seu convencimento sobre a existência deste fato. Daí em diante a valoração se dará não sobre a prova, mas sobre a relação de causalidade que justificará a inferência que se pretende retirar do primeiro fato para com o segundo.<sup>948</sup>

Difere a presunção dos indícios. Estes são os elementos presentes nos autos que indicam as possíveis consequências ou possíveis antecedentes de determinado fato, capazes de então formar o fenômeno da presunção. A inferência do nexo de causalidade entre conduta e resultado se dá pelos indícios, conjugados ao juízo lógico do magistrado e a outros elementos da experiência comum. Tal processo permite a formação da presunção. Nada impede, outrossim, que a consagração de determinadas presunções sirva também como elemento de formação de novas presunções.

A prova (documental, testemunhal, pericial, etc.) apresenta-se como *ponto de partida*, pois permite ao juiz tomar conhecimento de certo fato, enquanto que a presunção assume posição de *ponto de chegada*, pois consubstancia o conhecimento adquirido. Em tal itinerário, o indício se situa em etapa intermediária. Ele é, ao mesmo

<sup>946</sup> POTHIER, op. cit., pp. 720-725.

<sup>947</sup> NORONHA. Direito das Obrigações (2007), pp. 480.

<sup>948</sup> MOREIRA. As presunções e a prova (1977), p. 57.

tempo, ponto de partida e ponto de chegada. Por meio da produção de prova é possível a formação do indício (ponto de chegada). Em seguida, parte-se do indício para a realização do raciocínio de inferência. Ressalve-se que, se a prova produzida é por si só conclusiva, não há de se falar em formação de indícios e desnecessário se faz o segundo passo. Tratar-se-ia em tal hipótese do próprio *thema probandum*.<sup>949</sup>

A atividade do juiz não terá a mesma natureza nas duas etapas do roteiro descrito. A passagem da prova ao indício faz-se por meio de operação intelectual, distinta daquela da passagem do indício à presunção. Na primeira se alcança o conhecimento pela valoração da representação do fato representado pela prova. Na segunda percebe-se um raciocínio silogístico: o indício serve de premissa lógica para a afirmação ou negação do outro fato e não como representação do fato.<sup>950</sup> O indício funciona como fato probante (*factum probans*), enquanto a presunção é o fato a ser provado (*factum probandum*).<sup>951</sup>

A presunção deriva de uma prova indireta, na medida em que se afirma por meio de um fato provado a existência de outro. A prova indireta não comunica imediatamente ao juiz a existência do fato que se pretende provar, mas a existência de outro fato, este sim, percebido.<sup>952</sup> A prova se revela por meio de um raciocínio

<sup>949</sup> Idem, p. 58.

<sup>950</sup> Idem, pp. 58-59.

<sup>951</sup> MOREIRA. Temas de direito processual - nona série 0(2007), p. 154.

<sup>952</sup> Preleciona CARNELUTTI que a doutrina mais difundida se apoia no critério da imediatividade da relação existente entre o fato que constitui a fonte de conhecimento e o fato a provar, concebendo como fontes da prova os fatos dos quais se deduz imediatamente existência do fato a provar, enquanto que são fontes de presunção os fatos dos quais se deduz somente mediante a existência do fato a provar. Esta concepção gera uma antítese entre a prova direta e indireta, distinta da formulada por CARNELUTTI, pois é indiferente a percepção do fato a provar por parte o juiz. Argumenta CARNELUTTI: "Por outra parte, uma vez que à medida que diminui a imediatividade, diminui também a facilidade da dedução, requerendo-se para consegui-la a ajuda da arte, a antítese entre a prova direta e indireta se formula às vezes também como antítese entre prova natural e prova artificial (Künstlich). Se não me engano que a distinção assim delineada não seja correta se desprende de tudo quanto venho sustentando acerca da estrutura de qualquer forma de prova indireta: sempre que o juiz não perceba por si mesmo o fato a provar adquire seu conhecimento mais mediante uma dedução, ou seja mediante um silogismo; a estrutura da prova é, pois, idêntica, tanto se argumenta com um depoimento quanto com um indício...Uma corrente menos numerosa busca o critério não no desenvolvimento da dedução senão no resultado, e fala de prova quando há fonte de certeza e de presunção quando existe fonte de probabilidade. A crítica é neste caso talvez mais fácil que frente à opinião precedente: como fora da percepção direta do juiz não há caso que não exija dedução desde um fato conhecido a um desconhecido, assim também não existe caso, nem de percepção nem de dedução, em que o resultado chegue mais longe do seu alto grau de verossimilitude; portanto, se por certeza se entende a consciência da verdade absoluta, cabe afirmar que não a obtém nenhum meio de prova e tão pouco de presunção." (CARNELUTTI. A prova civil (2005), pp 122-126).



complexo em que se aliam a percepção e a dedução. O juiz constrói um silogismo, pelo qual a premissa menor se encontra no fato percebido, diverso do fato a se provar, e a conclusão na existência ou não do fato que se pretende provar. Serve como premissa maior uma norma, que poderá derivar de amplos espectros, desde o saber técnico aos conhecimentos comuns, e das ciências naturais às morais.<sup>953</sup>

A prova indireta inicia-se com a percepção, que é racionalizada em uma proposição. O raciocínio prossegue amparado por premissas maiores do silogismo, sejam regras jurídicas ou máximas da experiência, criando outras proposições. De tal processo surge a presunção, meio de prova, segundo CASTRO MENDES, com plano próprio e exclusivo. Assim, a prova direta se faz por meio da percepção e a indireta, por percepção e presunção.<sup>954</sup>

As presunções, no ensino de CARNELUTTI, podem ser enquadradas no conceito de prova (como se faz no artigo 212 do Código Civil brasileiro), visto que esta, em sentido amplo, corresponde a qualquer forma de determinação de fato controvertido, como também é a presunção. Prova em sentido estrito se referiria às formas de determinação dos fatos controvertidos, por meio de representações, e então se distinguiria da presunção, como forma de determinação dos fatos controvertidos, mediante fatos não constituídos pela representação daqueles. Todavia, ao compreender a prova como processo de determinação dos fatos controvertidos pelo juiz, acentua que também a prova direta, exercida pela percepção, é verdadeira prova<sup>955</sup> e propõe a diferenciação entre *meio de prova*, como atividade do juiz

<sup>953</sup> CARNELUTTI. A prova Civil (2005), p. 93. Acrescenta: “Não é possível, e ademais não seria conveniente, dar acerca do tema aqui tratado senão o mais amplo conceito que a doutrina alemã expressa mediante a fórmula: regra de experiência (Erfahrungssatz) ou regra de vida (Lebensregel); esta destaca especialmente a origem da regra que a logra mediante a indução, ou seja, mediante a conclusão extraída de uma série de preceitos singulares e que podem referir-se a casos análogos todavia não observados (durch Schluss aus einer Mehrheit von Einzelwahrnehmungen auf gleichartige, noch nicht beobachtete Fälle).” Da maior ou menor segurança da regra de experiência utilizada, depende precisamente o maior ou menor fundamento da conclusão, ou seja, o maior ou menor grau de verossimilitude do fato aceito pelo juiz. Quanto menos exceções admita a regra, mais fácil será que se verifique a concomitância ou a repugnância entre o fato a provar e o fato percebido (Idem, pp. 93-96).

<sup>954</sup> MENDES. Do conceito de prova em processo civil (1961), pp. 250-251. O autor arremata que: Os dois meios probatórios pertencentes ao *iter* psicológico são, pois, a percepção judicial e a presunção. Propomos para eles a designação de *operações probatórias simples*. Tanto uma como outra são realidades dinâmicas; as afirmações ou proposições através das quais estas operações se realizam têm o nome de *motivos* ou *argumentos probatórios*”.

<sup>955</sup> CARNELUTTI. A prova civil (2005), p. 85.

realizada para a busca da verdade, e *fonte de prova*, como elemento do qual se serve para deduzir a conclusão quanto à verdade dos fatos.<sup>956</sup> Seriam assim fonte de prova as pessoas, os documentos e os fenômenos perceptíveis (características físicas, som, cheiro), enquanto meio de prova o método pelo qual a prova é extraída da fonte e inserida nos autos processuais com força conclusiva, seja pela percepção e/ou pela dedução.<sup>957</sup>

BARBOSA MOREIRA, de outro lado, ao compreender “meios de prova” como instrumentos aptos à demonstração da veracidade das alegações realizadas,<sup>958</sup> assevera que as presunções não são um *meio de prova*, entendido como veículo por meio do qual se transportam ao processo fatos da realidade, pois não haveria um meio ou instrumento físico alheio ao julgador que permita perceber mediante sua transmissão o objeto da prova. Incorreto, do mesmo modo, é, em seu entender, afirmar que pela presunção o juiz recebe a informação pelo exercício de um sentido, como é o caso da confissão.<sup>959</sup>

O processo de inferência não é algo intrínseco ao julgador que o levaria a obter o conhecimento por seus próprios sentidos. Por meio das presunções, apenas se deduz

---

<sup>956</sup> Idem, p. 99.

<sup>957</sup> A respeito da perícia, como já se pôde assinalar, esta se apresenta por vezes como instrumento de indicação de novos elementos para a formação do convencimento judicial, permitindo que o magistrado retire suas próprias conclusões e, por outras vezes, como verdadeira atividade substitutiva da jurisdição, concluindo pela existência de culpa médica, delegando ao juiz papel menor, o de mero homologador das conclusões periciais. Na primeira hipótese, a perícia ocupa papel de fonte de prova, ao conferir novos elementos para a formação da convicção do juiz. No segundo caso, apresenta-se como verdadeiro raciocínio silogístico conclusivo que caberia em verdade ao magistrado, como tem sido defendido, ocupando então verdadeira posição de meio de prova.

<sup>958</sup> No mesmo sentido, ALEXANDRE CÂMARA conceitua fonte de prova como as pessoas e os documentos de onde promana a prova, enquanto meios de prova seriam os instrumentos que levam ao juiz os elementos necessários para a formação de sua convicção, como o depoimento pessoal, a exibição de documentos ou coisa, a prova documental, a confissão, a prova testemunhal, a inspeção judicial e a prova pericial. Indica como partidários desse entendimento Moniz Aragão, exegese do Código de Processo Civil, vol. IV, tomo I, p. 57 e Juan Montero Aroca, La prueba en el proceso Civil, 1996, pp. 82-85, sem deixar de alertar, entretanto, para a falta de consenso doutrinário.

<sup>959</sup> MOREIRA. Temas de Direito Processual – nona série (2007), p. 153. Apesar disso, a presunção foi alocada, no Código Civil brasileiro, dentre outros meios de prova em seu artigo 212. Barbosa Moreira, em outra obra, ressalva, todavia, a possibilidade de se conferir sentido amplo à expressão “meios de prova”, de forma a abranger todos os instrumentos que permitem ao juiz o conhecimento da verdade e, nesse sentido, catalogar, dentre eles, os indícios, desde que não se perca de vista as especificidades como funciona. À presunção, todavia, nega qualquer possibilidade de enquadramento dentre os meios de prova, visto que seu papel não é instrumental à constatação dos fatos. O fato presumido não servirá de trampolim ao juiz para conhecimento de outro fato. Enquanto o indício se apresenta em função ambivalente, a presunção serve apenas para promover um conhecimento adquirido. (MOREIRA. Temas de direito processual – primeira série (1977), p. 59.

um conhecimento por outro fato conhecido que a este seja conexo, de uma forma precisa e direta. As presunções se constituem, assim, em instrumento jurídico, que se situa entre a apreciação da prova e a carga da prova.<sup>960</sup>

Como leciona TARUFFO:

“O fundamento da ilação probatória consiste em critérios *standards* ou regras que permitem a passagem lógica de um a outro enunciado de fato, mas esse fundamento não consiste em normas jurídicas. O juiz não o extrai do mundo das normas, mas do mundo do senso comum: é partindo dos conhecimentos comuns que por indução ele chega a formular um juízo de verdade sobre o enunciado referente ao *factum probandum*.”<sup>961</sup>

De tais construções, extraem-se os brocardos latínicos: *Praesumptiones sunt conjecturae ductae ab eo quod fieri vel contingere solet ut plurimum* (As presunções são conjecturas tiradas do que se costuma fazer ou acontecer mais frequentemente) e *Praesumptio est conjectura seu divinatio in rebus dubis collecta ex argumentis vel indiciis per rerum circumstantias frequenter evenientibus* (Presunção é a conjectura ou adivinhação, coligida, nas coisas duvidosas, de indícios ou argumentos, pelas circunstâncias das coisas que frequentemente acontecem).

No escólio de LUNA YERGA, o processo de inferência não pode ser confundido com a constatação do nexo de causalidade por meio da dilação probatória. Para o autor, não há presunção, mas simples atividade lógica, dedutiva ou indutiva, quando não se apresentem externamente dois fatos claramente diferenciados, aos quais apenas o segundo seja relevante para a consequência jurídica perseguida no processo. Também não se estará diante de uma presunção, mas, em verdade, de uma relação de causalidade, quando o julgador extrair de um fato importante para o processo uma determinada consequência. A confusão é plausível, já que ambas descansam em relações de causalidade e oportunidade. A presunção carece de procedimento externo probatório, dado que seu elemento essencial, o enlace entre a afirmação base e a presumida, tem natureza interna. O julgador poderá recorrer à presunção, sem necessidade de que esta seja invocada pelas partes litigantes, cuja atividade probatória

<sup>960</sup> Cf. LUNA YERGA. La prueba de la responsabilidad médico-sanitaria (2004), pp. 226-229.

<sup>961</sup> Cf. TARUFFO. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz (2001), p. 106.

se encaminha, neste âmbito, a demonstrar a afirmação base e a argumentar a existência do enlace.<sup>962</sup>

Conclui o autor que a pretendida aplicação supletiva da presunção judicial é mais utilizada pelos magistrados do que verdadeiramente se declara. Seu caráter subsidiário e os diversos receios em sua utilização declarada levam diversos magistrados a se embrenharem, por meio de diversos artifícios legislativos e integratórios da norma, a fim de dar uma aparência de aplicação da legalidade estrita, quando, em realidade, estão a se valer de métodos meramente presuntivos. Tal artifício torna a decisão obscura e dificulta a impugnação de sentenças, *ya que resulta imposible conocer la operación mental llevada a cabo por el juzgador*.<sup>963</sup>

Importa que o magistrado assuma abertamente o uso das presunções, como autorizado por lei, de forma a tornar claro seu raciocínio, permitindo a devida refutação. Como restou afirmado em *Mayor v. Dowsett*, quando uma mulher restou com paralisia total do pescoço para baixo, após uma anestesia peridural, a prova do nexo causal “*need not always be direct and positive; it may be circumstantial*” (em tradução livre: não precisa ser direta e positiva, poderá ser circunstancial).<sup>964</sup>

A presunção somente terá guarida quando os fatos provados capazes de induzi-la sejam precisos e concordantes. A esses fatos se aplicará a máxima da experiência que, do mesmo modo, deve ser suficientemente precisa, pautada em dados verificáveis, restando, inclusive, a possibilidade de se tornarem matéria de prova. No Brasil, por força do artigo 230 do Código Civil, as presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal.

O resultado adverso de um procedimento médico não é, obviamente, suficiente para constituir a presunção, mas há uma tipologia de conseqüências em que o resultado adverso somente se explica com a presença de culpa.<sup>965</sup> Essa tipologia se

---

<sup>962</sup> Op cit, pp. 235-237.

<sup>963</sup> LUNA YERGA. La prueba de la responsabilidad médico-sanitaria (2004), p. 237.

<sup>964</sup> Mayor v. Dowsett [1965] 240 Ore, 196, 400 p. 2d 324.

<sup>965</sup> LORENZETTI. Responsabilidad civil de los médicos, tomo II, p. 255. Cita o autor ilustrativa jurisprudência da Argentina: *Se viene admitiendo en la jurisprudencia el valor especial de las presunciones en materia de responsabilidad médica frente a los inconvenientes en la acreditación de la culpa. Ante ciertos datos empíricos puede deducirse la culpa galénica no probada de modo directo, cuando las circunstancias y el sentido común indican que el hecho dañoso no hubiera tenido lugar de no*

depreende dos dados estatísticos e, em especial, dos juízos da experiência dos quais depende, em verdade, toda e qualquer conclusão, seja ela deduzida ou inferida.

## 9.2 Regras ordinárias da experiência

### 9.2.1 Conceito e aplicação

A experiência da vida cotidiana nos conduz à formação de conceitos e regras de causa e consequência, cujos fundamentos, ainda que desconhecidos, são aceitos, sem maiores objeções, como verdades; fazem parte do raciocínio lógico, ingressam no ideário humano como categorias necessárias à comunicação entre homens médios da sociedade, perpassam o processo de comunicação como elementos necessários à compreensão do mundo. Se alguém, ao dizer cavalo, tivesse de seu interlocutor a compreensão da figura de uma rocha, não haveria qualquer possibilidade de comunicação. O senso comum é a pedra angular de todo processo comunicativo. Há conceitos que são inerentes ao homem comum de determinada sociedade, considerado na posse de suas faculdades mentais.

Se se disser que um corpo em movimento tende a permanecer em movimento, não haverá dificuldades em compreender a afirmação, ainda que nem todos compreendam bem as implicações da regra da inércia. Também se afirmamos com convicção que o espaço é infinito, ainda que verdadeiramente não alcancemos a compreensão de algo sem fim, enquanto que, em outro prisma, não podemos negar, igualmente, que o contrário implicaria uma explicação incompreensível. Pode-se afirmar, sem medo de errar, que uma borboleta um dia foi uma lagarta; que abelhas não andam sós; que o fogo é extinto pela água e que há uma grande probabilidade que chova mais em dias de verão, sem que se precise fundamentar tais afirmações. É a experiência de vida e o convívio em sociedade que conferem a segurança para tais assertivas.

---

*mediar culpa profesional*. Cám. Fed de Rosario, sala B, "Longoni, Sergio C. y outra c/Cursak, Guillermo y outro", J. A. del 9-3-94, in p. 259.

O mesmo se poderá aplicar no que concerne à averiguação de erro médico. Assim como é do conhecimento comum do homem médio, é também do magistrado o fato de que se exige do médico a assepsia de seus instrumentos, a verificação do tipo sanguíneo do paciente antes de uma cirurgia e a realização de certos exames necessários, para se ter segurança ao conferir certos diagnósticos. Ainda, com fundamento na lógica adquirida pela experiência comum, pode o magistrado presumir a existência de erro médico, quando o paciente, após determinado procedimento, sofre grave lesão em parte do corpo, diversa daquela do objeto do tratamento. De outro lado, a despeito do resultado adverso de uma anestesia geral, que tenha levado a óbito o paciente, deve-se ter em consideração que não é incomum que o corpo humano tenha reações alérgicas a certos componentes químicos, presentes em tais medicações, e que, por vezes, não podem ser previstos. Todos esses são exemplos de raciocínios que, por não serem estranhos ao homem médio, não poderão ser estranhos ao juiz e dispensada estará a sua prova.

A concepção das máximas da experiência (*Erfahrungssatz*) tem suas origens com FRIEDRICH STEIN em 1893, em sua obra “o conhecimento privado do juiz” (*Das private wissen des richters. Untersuchung zum beweisrecht beider prozesse*). Segundo a definição de STEIN, as máximas da experiência são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, apartados dos fatos concretos verificados no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares a cuja observação tenham sido induzidos e que, em razão desses, pretendem ter validade para outros novos.<sup>966</sup>

---

<sup>966</sup> STEIN. El conocimiento privado del juiz (1988), p. 27. Segundo STEIN, as máximas da experiência se reduzem a duas formas fundamentais: ou são definições, juízos aclaratórios que decompõem uma palavra ou um conceito em suas notas constitutivas, ou são teses hipotéticas que expressam as consequências que são normalmente esperadas a partir de determinados pressupostos. A segunda tem maior abrangência e é esta que nos interessa para o desenvolvimento desse trabalho. São previsões (*Erwartung*) que podem ser retiradas pelo caminho da indução, isto é, na medida em que se parte da experiência de que, em uma série de casos, condições e consequências, sujeito e predicado do juízo lógico se encontram ligados de uma maneira determinada. Deve-se partir do que acontece na maioria dos fatos concretos, dos “casos comprovados” (Idem, p. 24).

CASTRO MENDES aponta que o erro de STEIN foi reduzir o instituto às regras induzidas da experiência ou observação, enquanto Heusler, também de forma restrita, afirmava que as regras se deduziam sempre silogisticamente de outras regras mais gerais. Para o professor lusitano, as máximas de experiência devem abranger todo o campo dos juízos gerais (de fato), seja pela observação, dedução ou valoração (MENDES. Do conceito de prova em processo civil [1961], pp. 664-665). No mesmo

O processo de convencimento judicial sobre a veracidade de fatos alegados sempre estará pautado pelo uso das categorias e pressupostos adquiridos pela experiência, em determinado local e época em que se encontra o magistrado, seja na avaliação direta do afirmado, seja na mensuração do valor que irá conferir a cada meio de prova, quando fará uso do “senso comum”.<sup>967</sup> Isso ocorre, por exemplo, quando o juiz avalia a credibilidade que pode conferir a uma prova testemunhal. É evidente que, para esse fim, o magistrado se valerá de regras técnicas estabelecidas no próprio regramento, que dizem respeito à metodologia de coleta de provas, como é a forma de questionamento. Para valorar a credibilidade, todavia, deverá levar em consideração o comportamento habitual de uma testemunha, a depender das características e possíveis interesses que apresente, cujo material é retirado do senso comum, muito mais do que de regras jurídicas. Ensina TARUFFO<sup>968</sup> que:

“Empregam-se a esse propósito fórmulas largamente conhecidas, como a da *sana crítica* nos sistemas de língua espanhola, da *intime conviction* na França, do prudente *apprezzamento*, na Itália, ou da *freie Beweiswürdigung* nos países de língua alemã. Poder-se-ia discutir se esses conceitos são ou não verdadeiramente sinônimos entre si (e provavelmente em alguma medida não o são), mas o ponto fundamental é que todos eles se fundam na idéia de que cabe ao juiz estabelecer discricionariamente, caso a caso, se uma prova fornece ou não a demonstração de determinado fato. Mas é necessário, então, saber sobre qual base e com quais critérios o juiz exerce a própria discricionariade. Reputando-se excluído que se trate de critérios jurídicos, uma vez que de outro modo se voltaria a um sistema de prova legal, verifica-se que os critérios a empregar são os que o juiz extrai da sua cultura de homem médio vivente em uma certa sociedade, em um dado momento histórico.”

Ressalve-se que tais prerrogativas não se associam ao sistema da livre convicção do juiz, pelo qual o magistrado detém o poder de decidir, pautado exclusivamente em suas impressões, sem que esteja obrigado a conferir qualquer fundamento. Em verdade, adstrito ao sistema do livre convencimento motivado, de maior aceitação pela doutrina moderna, o juiz deverá fundamentar sua decisão, demonstrando a relação existente entre os elementos dos autos e os juízos da

---

sentido, Chiovenda chama as máximas da experiência de juízos gerais de fato (*Principi di diritto processuale civile*, 1913).

<sup>967</sup> Cfr. TARUFFO. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz* (2001), pp. 104 – 105.

<sup>968</sup> Idem, p. 105.

experiência, revelando como tais fatores permitem a inferência do nexo de causalidade entre a conduta médica e o resultado adverso.

### 9.2.2 Base legal e estrutura sistêmica

O artigo 335 do Código de Processo Civil brasileiro expressamente fornece ao magistrado a prerrogativa do uso da experiência comum, a fim de fundamentar seu convencimento, nos seguintes termos: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”<sup>969</sup>

O dispositivo legal autoriza o processo de ilação tanto para o uso da experiência comum, inerente à vida em sociedade, como da experiência técnica, “razoavelmente acessível a quem não é especializado em técnicas alheias ao direito”. Em ambas as situações, o juiz está autorizado a tomar como verdadeiro um fato relevante para a formação de sua convicção, sempre que tenha, diante de si, um fato revelado pela presença de indícios capazes de configurar a presunção, seja ela judicial ou legal.<sup>970</sup> A segunda parte do artigo 335 apresenta-se com especial relevância para os casos de erro médico, na medida em que autoriza o uso da presunção, inclusive para os casos de prova técnica. O juiz poderá, desse modo, valer-se de impressões e conhecimentos pessoais no campo técnico, dispensando a prova específica, quando a menor complexidade assim aconselhar.<sup>971</sup>

---

<sup>969</sup> BARBOSA MOREIRA aponta o art. 78 do Codice de Procedura Civile do Estado do Vaticano como fonte histórica que prevê: “Il giudice, nei casi in cui non siano statuite norma giuridiche particolari per la deduzione del fatto da provare dal fatto percepito, applica le regole di esperienza comune, date dall’osservazione di quanto comunemente avviene, e le regole di esperienza técnica, salva, in questo ultimo caso, la facoltà di cui all’art. 121.” (Temas de Direito Processual [2007], p. 155). Em tradução livre: “O tribunal, nos casos em que não seja estatuída nenhuma norma jurídica particular sob dedução do fato a ser provado pelo fato percebido, aplicará as regras da experiência comum, tendo em conta a observação do que comumente acontece, e as regras de experiência técnica, salvo, neste último caso, a faculdade prevista no art. 121.”

<sup>970</sup> Cf. DINAMARCO. Instituições de Direito Processual Civil, vol. III (2004), p. 122.

<sup>971</sup> PESSOA. Código de Processo Civil Interpretado (2004), p. 1017.



Reitere-se, nesse momento, o já asseverado no capítulo anterior (Cfr. 8.5.2). A prova pericial, quando necessária, terá o poder de instruir o juiz no conhecimento da prova técnica e, assim, contribuir para a formação de novas máximas da experiência. Mas, como uma via de mão dupla, as máximas da experiência terão também a função de conferir ao magistrado elementos necessários, para que possa apreciar a adequação da prova pericial e a veracidade dos elementos conferidos por esta.

A despeito da locução inicial “em falta de normas jurídicas particulares”, esclarece BARBOSA MOREIRA que as regras da experiência não estão restritas a situações em que não existam normas jurídicas à espécie (caráter supletivo) ou à função hermenêutica. A norma jurídica não exclui o emprego das presunções, uma e outra têm aplicação *concorrente*. Se a intenção do legislador fosse conferir apenas função integrativa, não teria situado o dispositivo na parte do Código que se refere às provas, mas sim, junto aos procedimentos utilizáveis pelo juiz para suprir lacunas da lei, inserindo as regras da experiência junto ao artigo 126, que trata da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, como instrumentos hábeis a suprir a falta de norma.<sup>972</sup>

A aplicação da experiência comum encontra amparo, do mesmo modo, no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, quando da análise da verossimilhança das alegações, visto que esta deverá ser encontrada por meio dos indícios apresentados que, submetidos às máximas da experiência, terão o condão de gerar presunção *juris tantum* da veracidade do afirmado pelo demandante.<sup>973</sup>

Na Itália, o artigo 115, segunda parte, do Código de Processo Civil italiano, prevê a possibilidade do juiz, sem necessidade de prova, fundamentar a decisão segundo a experiência comum: “Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza.” (em tradução livre: “o juiz poderá, todavia, sem necessidade de prova, pôr como

---

<sup>972</sup> MOREIRA. Temas de direito processual - primeira série (1977), pp. 70-71.

<sup>973</sup> REBOUÇAS. Questões sobre o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor (2006), pp. 73-74.

fundamento da decisão as noções de fato que pertencem à experiência comum”). Disposição semelhante é encontrada no ordenamento processual civil espanhol.<sup>974</sup>

Também no sistema do *common law* as máximas da experiência encontram guarida. HAY e SPIER apontam que os tribunais americanos comumente presumem como verdadeiras assertivas que, na maioria das vezes, são verdadeiras. Conferem como exemplo a presunção de que uma carta ou telegrama chegue a seu destino, de que uma pessoa desaparecida por longo período de tempo tenha falecido e de que uma morte súbita (em casos de seguros de vida) tenha se originado de um acidente e não de uma premeditação, ao contrário de um suicídio.<sup>975</sup>

Ressalte-se, outrossim, a congruência dos primados da teoria da *res ipsa loquitur*, de ampla aplicação no direito anglo-americano, com as máximas da experiência, como se teve a oportunidade de expor no capítulo anterior (cfr. 8.5). A presunção formada, quando presentes os requisitos de aplicação da referida doutrina, nada mais é do que uma estruturada construção dos juízos da experiência, consubstanciados, com maior destaque na verificação de que “o acidente deve ser do tipo que ordinariamente não ocorra sem negligência”. A emblemática experiência norte-americana, amparada por expressiva demanda judicial na busca de reparação por erros médicos, tem permitido, como foi possível constatar, uma detalhada doutrina de formação de presunções com fundamento na observação daquilo que ordinariamente ocorre.

No ordenamento jurídico português, a despeito da falta de previsão legal direta, defende TEIXEIRA DE SOUSA a possibilidade de compensar o formalismo das regras do ônus da prova, através da liberdade de apreciação da prova realizada pela parte, tomando como base o artigo 655, 1, do Código de Processo Civil português que prevê que a apreciação da prova depende da convicção que o tribunal formar sobre a atividade probatória desenvolvida pela parte. Segundo o professor na Universidade de

---

<sup>974</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil: “Artículo 386. Presunciones judiciales. 1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción. 2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior.”

<sup>975</sup> HAY; SPIER. Burdens of proof in civil litigation: an economic perspective (1997), p. 417.

Lisboa, compete ao tribunal a consideração das dificuldades probatórias no caso concreto, tomando-se o paciente leigo diante do médico detentor da técnica, julgando suficiente uma prova que, em outra situação, não seria o bastante para a prova da culpa. A diminuição do grau de exigência se justifica, na medida em que se procura restaurar uma situação de igualdade entre as partes litigantes.<sup>976</sup> Nesse sentido, vejamos o impacto que a aplicação das máximas de experiência e sua consequente formação de presunções deverá trazer para a distribuição do ônus da prova.

### 9.2.3 Máximas da experiência e fixação do ônus da prova

Percebe-se que as máximas da experiência servem como instrumento do raciocínio silogístico para a formação das presunções. Realizada a prova de determinado fato, chega-se à formação do indício. Este servirá como premissa menor e as regras da experiência como premissa maior, de modo a poder afirmar-se que, quando da presença de *x*, normalmente, haverá o fato *y*. Poderá afirmar-se que determinada consequência só se apresenta, quando existente um erro médico.

Para que tal rotina tenha validade processual, atenda ao princípio do contraditório e se conforme com as regras de distribuição do ônus da prova, importa que se fixe o momento processual em que se formará a presunção com consequências diretas à carga probatória. Para TABOSA PESSOA, as presunções não acarretam qualquer inversão do ônus da prova. Quando a presunção é legal, a regra já é fixada pela própria lei, anteriormente ao processo, atribuindo-se ao interessado o ônus de provar o contrário. Já, em se tratando de presunção simples, a despeito de os juízos da experiência serem formados antes, a presunção se dará incidentalmente ao processo, mas somente no momento do julgamento. Se a parte que seria em tese desfavorecida pela presunção traz aos autos prova convincente de fatos contrários, a presunção nem sequer se formará.<sup>977</sup>

---

<sup>976</sup> SOUSA. Sobre o ônus da prova nas acções de responsabilidade civil médica (1996), p. 141.

<sup>977</sup> Idem, p. 1015.

Ao nosso ver, mais correta é a aplicação dos juízos da experiência no momento de fixação dos pontos controvertidos pelo juiz. Novamente, remonta-se à discussão sobre a natureza jurídica da inversão do ônus da prova. Se tratada como regra de julgamento, então correta será a posição de TABOSA PESSOA de proporcionar ao magistrado o uso dos juízos da experiência no momento de sentenciar. Contudo, já tivemos a oportunidade de defender a melhor concepção da inversão do ônus da prova como regra procedimental e, novamente aqui, as mesmas razões se destacam. A presunção legal informa previamente as partes do ônus da prova, conferindo a elas a necessária clareza sobre "as regras do jogo", permitindo que o juiz julgue sucumbente a parte onerada, com a prova da inveracidade da presunção. Quando, todavia, a presunção é simples, mais acertada e transparente é sua formação antes da dilação probatória, de forma a informar previamente às partes do ônus que a elas incumbe, tal qual ocorre com a presunção legal. Ademais, ante a inerente subjetividade da presunção formada pelos juízos da experiência que, a despeito de sua utilidade e oportunidade, conferem certa insegurança jurídica, nada mais adequado, para minorar tal efeito, senão esclarecer as partes previamente sobre a presunção estabelecida, permitindo que se faça a prova contrária, seja dos fatos, seja dos próprios fundamentos conferidos pelo raciocínio lógico do magistrado para a criação da ilação.

Quando da propositura da ação, a narrativa dos fatos, em conjunto com as provas colacionadas, deve corresponder ao padrão do senso comum existente no tempo e espaço em que é feita. A narrativa verossimilhante é aquela que soa familiar a seu destinatário, pois corresponde ao conhecimento e aos critérios de julgamento e avaliação, estereótipos e preconceitos que existem em sua cultura.<sup>978</sup> A verossimilhança não é da afirmação, mas da versão, compreendida por Castro Mendes como "um conjunto de afirmações que, encadeadas entre si, fornecem uma representação completa e harmônica de certa realidade estática ou dinâmica".<sup>979</sup> O valor da versão é maior do que o da simples soma de afirmações que entre si poderão ser contraditórias. A versão impõe uma coerência e harmonização das versões em seu conjunto.

---

<sup>978</sup> Cfr. TARUFFO. *Considerazioni sulle massime d'esperienza* (2009), p. 556.

<sup>979</sup> Cfr. MENDES. *Do conceito de prova em processo civil* (1961), pp. 545-456.

A verossimilhança da narrativa é elemento indispensável e pré-requisito para a formação da presunção, segundo as máximas da experiência. Não se trata de fato notório, pois este não apenas prescinde da prova como também a impossibilita, visto que é vedada a prática de atos inúteis no processo.<sup>980</sup> Isso implica dizer que o juiz está proibido de se valer de qualquer procedimento instrutório, de exercer atividade probatória sobre fatos notórios.<sup>981</sup> A presunção surge da afirmação de fatos que, sob as luzes daquilo que ordinariamente ocorre, indicam a presença de negligência médica. A análise é probabilística e, nesse sentido, tem maior probabilidade de serem verdadeiros os fatos afirmados do que o contrário.

A presunção judicial, uma vez formada, poderá ser refutada por meio da contraprova que se dará pela afirmação e demonstração de alguma das seguintes vertentes.

1. A afirmação base não corresponde com a realidade. Nesse caso a contraprova se volta contra o fato afirmado, a premissa de partida.
2. A consequência da premissa base não é verdadeira, quando a contraprova se volta contra a afirmação presumida.
3. A ilação realizada entre a premissa base e sua consequência não se sustenta, visto não haver um enlace preciso e direto segundo as regras da experiência.<sup>982</sup>

#### 9.2.4 Máximas da experiência em apreciação probabilística

---

<sup>980</sup> No Código de Processo Civil brasileiro: “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (...) IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito”. No Código de Processo Civil português: “ARTIGO 137.º (Princípio da limitação dos actos) - Não é lícito realizar no processo actos inúteis, incorrendo em responsabilidade disciplinar os funcionários que os pratiquem.”

<sup>981</sup> A convicção, nesse caso, não é gerada pelo processo, mas por fato externo. CASTRO MENDES alerta que “um juiz extremamente preguiçoso não poderá substituir a forma fácil de aquisição dos conhecimentos notórios que ocasionalmente não possui (forma fácil essa que o próprio conceito de notoriedade postula) pela chamada de peritos ou testemunhas” (Do conceito de prova em processo civil (1961), p. 645).

<sup>982</sup> Cf. LUNA YERGA. La prueba de la responsabilidad médico-sanitaria (2004), p. 240.

As máximas da experiência poderão servir aos fundamentos da decisão em situações em que o consequente não siga 100% das vezes o antecedente, desde que apresentem uma grande probabilidade de assim suceder. Aliás, essa será justamente a maior parte dos casos, quando a máxima da experiência não se fundará em uma generalização com validade universal, mas que, todavia, pode ser praticamente equiparada a uma verdadeira generalização, com uma margem de erro tolerável. Evidentemente que o problema jaz na definição do montante da margem de erro tolerável.<sup>983</sup> As muitas exceções destituirão o poder de estabelecimento de uma “regra” e servirão como obstáculo à formação das presunções, ao menos se tomada isoladamente.<sup>984</sup>

Ao magistrado caberá a ponderação da frequência e probabilidade, a fim de se aferir a força que se conferirá à máxima da experiência. A esta confrontará o demais conjunto probatório, a fim de afastá-la ou agregar-lhe força de convencimento, de modo a estabelecer o processo de inferências.

Já ensinava STEIN que as máximas da experiência, como todas as outras proposições obtidas pela indução, carecem de certeza lógica; não são mais do que valores aproximativos da verdade e, como tais, têm sua vigência apenas enquanto novos casos observados não demonstrarem o erro da regra concebida e a falibilidade da afirmação dos usuais consequentes de certos pressupostos.<sup>985</sup>

TARUFFO pondera que, antes de se valer das máximas da experiência, ou mesmo na mensuração do valor a ser conferido a estas, o magistrado deve buscar junto aos recursos científicos que hoje se encontram disponíveis, uma segurança maior da veracidade dos pressupostos que adotará. Importa ter em mente que as noções retiradas da experiência comum não se depreendem de um repertório pré-constituído, cuja confiabilidade tenha sido, de algum modo, garantida a priori. Ao contrário, a alusão à experiência e ao *background knowledge* por ela oferecida exige uma aferição dinâmica de pesquisa e controle (poder-se-ia dizer: *de trial and error*), a fim de identificar quais categorias se cingem de maior grau de confiabilidade e verdadeira adequação ao consenso difuso. O juiz deve pôr à prova aquilo que se apresenta dentro

<sup>983</sup> TARUFFO. Considerazioni sulle massime d’esperienza (2009), p. 556.

<sup>984</sup> Idem, pp. 567-568.

<sup>985</sup> Cfr. Stein. El conocimiento privado del juez (1988), p. 37.

de sua própria experiência e até, então, compreensão das regras de causa e consequência utilizadas para o silogismo da decisão. Deve investigar se aquilo que compreende como de senso comum, verdadeiramente espelha o ideário presente em determinada cultura e estado da sociedade.<sup>986</sup>

Uma máxima da experiência não poderá contrariar aquilo que já restou comprovado por métodos científicos disponíveis<sup>987</sup>, nem a outra máxima da experiência, o que anularia a força de ambas. Deverá ter generalidade suficiente, para que não se torne casuística e ao mesmo tempo não poderá ser tão genérica e vaga que perca sua força de subsunção.<sup>988</sup>

Em resumo, a garantia de validade da utilização dos parâmetros conferidos pelas regras ordinárias de experiência somente se sustenta, se postos à prova, dentro de uma crítica prévia à utilização, pois, somente nesse caso, “o recurso a noções intersubjetivas pode aspirar, ao menos a um nível considerável de razoabilidade (se não de racionalidade formal) ,e assim forrar-se quando nada ao risco de mais grave arbítrio subjetivo, mascarado de recurso à experiência comum”.<sup>989</sup>

#### 9.2.5 Máximas da experiência como processo epistemológico

A experiência comum, do simples interagir em sociedade, é que nos revela os elementos necessários para a formação do raciocínio dedutivo. Ainda que o indivíduo não saiba explicar por que as nuvens se formam e o que provoca a chuva, aos primeiros anos de vida poderá facilmente identificar a iminência das águas pelas cores que se formam no céu. No brocardo latínico: *Praesumptiones inducuntur ex eo quod evenit plerumque* (Induzem-se as presunções daquilo que acontece as mais das vezes).

Para STUART MILL é a própria experiência que irá conferir ao homem o juízo de credibilidade sobre as informações conferidas pela própria experiência. Não se tem

<sup>986</sup> TARUFFO. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz (2001), p. 113.

<sup>987</sup> A exemplo assevera que não importa que determinada comunidade, ainda creia que o sol gira em torno da terra, já que a ciência comprovou ser o contrário.

<sup>988</sup> TARUFFO. Considerazioni sulle massime d’esperienza (2009), pp. 568-569.

<sup>989</sup> TARUFFO. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz (2001), p. 113.

qualquer outro critério senão a própria experiência. É ela que atesta dentre as uniformidades que exhibe ou parece exhibir qual delas é mais admissível e a uniformidade poderá ser presumida de um número dado de exemplos com um grau de probabilidade maior dos fatos pertencerem a uma classe em que as uniformidades sejam consideradas mais constantes. Para ilustrar, confere o exemplo de duas afirmações que apresentem a mesma soma de provas, negativas e positivas: uma de que há cisnes pretos e outra, de que há homens com a cabeça abaixo dos ombros. Por certo irá conferir-se mais crédito à primeira afirmação, aparentemente porque há menos constância na cor dos animais do que em sua estrutural base anatômica. Não há outra explicação para sabermos disso senão pela experiência.<sup>990</sup>

Importa ressaltar que seria temerário atribuir a STUART MILL uma postura empirista totalmente desassociada dos atributos do raciocínio. Para o autor, a probabilidade de eventos, se apenas calculada a partir de sua simples frequência em experiências passadas, fornece base menos segura para a orientação prática do que suas probabilidades, enquanto deduzidas do conhecimento exato da frequência de ocorrência de suas causas. Entretanto, afirma que não se pode negar que a superioridade abstrata do cálculo de probabilidade fundado em causas é fato que, em quase todos os casos em que se admite um cálculo suficientemente preciso de probabilidades, a fim de criar uma avaliação numérica de valor prático, os dados numéricos não são extraídos do conhecimento das causas, mas da experiência dos próprios eventos.<sup>991</sup>

Não obstante, como adverte KANT, os princípios de ampliação (sintéticos), em que repousa todo o objetivo último do conhecimento especulativo, que se lança sobre algo para determinar sua causa, não são aptos a definir com precisão a causa de determinado evento. Sobre o conceito de algo que acontece, concebe-se a existência de algo que antecede um tempo e disso é possível extrair juízos analíticos. Mas o conceito de causa se encontra totalmente fora daquele conceito e indica algo distinto daquilo que normalmente ocorre. Não está, desse modo, contido naquela representação. Assim, KANT indaga como é possível, a partir daquilo que usualmente

---

<sup>990</sup> MILL. *System of logic ratiocinative and inductive* (1919), p. 209

<sup>991</sup> Idem, pp. 355-356.



acontece, dizer algo completamente diverso e conhecer o conceito de causa que, para ele, embora não esteja contida no que geralmente ocorre, necessariamente lhe pertence? Não poderá, mas o acréscimo realizado pela segunda representação à primeira se apresenta não somente com maior generalidade, “mas também com expressão da necessidade, por conseguinte, completamente a priori e a partir de simples conceitos”. Sobre tais princípios sintéticos, isto é, princípios de ampliação, repousa todo o objetivo final do processo de conhecimento especulativo a priori. Os princípios analíticos são altamente importantes para se chegar à clareza dos conceitos exigida para uma síntese segura e vasta, ao invés de uma aquisição realmente nova.<sup>992</sup>

O processo de generalização, ainda que evidentemente falho para se precisar a causa, é necessário ao processo cognitivo e ainda mais quando, ante as incertezas, é imperioso garantir-se o necessário julgamento e afastar o *non liquet*. Acrescenta KANT que, além da intuição dos sentidos, pela qual se concebe toda experiência, ainda há um *conceito* de um objeto que é dado na intuição que subjaz a todo conhecimento de experiência como condições *a priori*. As categorias, desse modo, se depreendem necessariamente e *a priori* a objetos da experiência, porque somente por meio destas se pode chegar a ser pensado um objeto qualquer da experiência.<sup>993</sup> Esse processo somente será possível pelo uso das condições de sensibilidade, por conseguinte da forma dos fenômenos (*phaenomena*).<sup>994</sup> Paralelamente a estes, KANT considera outras coisas possíveis que não sejam objetos de nossos sentidos (enquanto objetos pensados pelo entendimento), os quais os chamará de *noumena*.<sup>995</sup>

CASTRO MENDES, abandonando o uso do termo certeza, prefere falar em convicção, ante a limitação do homem aos meros juízos de probabilidade ou verossimilhança, quando da tentativa da investigação da realidade: “ao Homem não é permitida a consciência da verdade absoluta e indubitável – certeza – mas a consciência de um elevado grau de probabilidade e consciência a que chamaremos e convicção”.<sup>996</sup> O Direito como disciplina prática, interessa-se não pela realidade

<sup>992</sup> KANT. Crítica da razão pura (1999), p. 59.

<sup>993</sup> Idem, p. 119.

<sup>994</sup> Idem, p. 204.

<sup>995</sup> Idem, p. 207.

<sup>996</sup> MENDES. Do conceito de prova em processo civil (1961), pp. 324-325.

ontológica considerada em si mesma, mas pela realidade enquanto prática e socialmente cognoscível. Arremata CASTRO MENDES que “como conceito de verdade basta-lhe o conceito probabilístico e *quantitativizante* (perdoe-se o neologismo) que dá SAUER: a maior concordância possível de uma proposição (de um juízo) com o seu objecto.”<sup>997</sup>

Aquilo que se apresenta como a verdade no processo é tão somente a representação da realidade que a ordem jurídica toma como verdade, visto que é impossível ao homem, ainda que na mais profunda investigação probatória, alcançar a compreensão da própria realidade além de suas representações. Isso não implica dizer que a busca da verdade não é um valor a ser perseguido.<sup>998</sup> O abandono de tal propósito é tão pernicioso quanto a idolatria da verdade como ideal mítico e seria reduzir o processo ao escopo da simples pacificação de conflito, como se a própria busca da verdade não servisse também a esse fim.<sup>999</sup> A instrução processual serve, de fato, para a formação das representações que o juiz tomará da realidade, enquanto persegue a verdade, a qual não poderá efetivamente afirmar ter conhecido.

A verdade processual é chamada de “formal”, porque é regulada pelas formas processuais; é uma verdade convencional ou jurídica, visto que é conformada por leis jurídicas e não apenas lógicas, de forma a substituir a verdade material. Adverte CARNELLUTI, outrossim, que não se trata aqui mais do que de uma metáfora, pois a verdade não pode ser mais que uma, de tal modo que ou a verdade formal ou jurídica coincide com a verdade material e não é mais do que simples verdade, ou discrepa desta é não é outra coisa do que não verdade. Sem a metáfora, o caminho trilhado

---

<sup>997</sup> Idem, p.374.

<sup>998</sup> No direito português o juiz poderá se valer de instrumentos úteis para a verificação dos fatos, tomando verdadeira iniciativa do conhecimento da verdade. Poderá por sua iniciativa requisitar todo documento necessário ao esclarecimento dos fatos (art. 535º, 1, do CPC português), inspecionar coisas ou pessoas, fazendo-se acompanhar se preciso de um técnico (arts. 612º, 1, e 614, 1, do CPC português), requisitar a oitiva de testemunha (art. 645, 1, do CPC português) ou de um perito técnico (artigo 649º, 1, do Código de Processo Civil português).

<sup>999</sup> Cf. GASTAL. A suficiência do juízo de verossimilhança para a decisão das questões fáticas (2006), pp. 59-62. O autor em sede de conclusão, arremata: “Ao encerrar-se o exame do conceito de prova, conclui-se pela impossibilidade de seguir-se empregando a noção de verdade como alicerce do conceito de prova e realçou-se o quanto a superação desse paradigma aumenta o compromisso do julgador com a racionalidade da sua convicção e impõe o estabelecimento de outros padrões de controle do convencimento judicial, mais condizentes com o ceticismo em relação à capacidade de o processo permitir a revelação de uma objetiva verdade, p. 181.

pelo processo para elucidação dos fatos, submetido a normas jurídicas que obrigam e deformam a pureza lógica, *não pode na realidade ser considerado como um meio para o conhecimento da verdade dos fatos, senão para uma fixação ou determinação dos próprios fatos, que pode coincidir ou não com a verdade dos mesmos e que permanece por completo independente deles.*<sup>1000</sup>

Não se quer dizer com isso que não exista verdade, que esta não tenha sentido e não possa ser estabelecida: significa apenas que a verdade não é mais absoluta e será estabelecida conforme a base da prova disponível. Isso valerá para todos os âmbitos do conhecimento, mas em especial para o campo processual. O problema da verdade é aquele da maior aproximação possível à realidade histórica e empírica do fato que se deseja constatar.<sup>1001</sup>

### 9.3 Métodos de indução e presunção de Stuart Mill

O filósofo inglês STUART MILL que se tornou referência por sua dedicação à busca de métodos de averiguação dos fenômenos de causa e consequência, em sua obra “*A system of logic ratiocinative and undutive*”, termina por evidenciar o que convencionou chamar de “cinco cânones de experimentação”, os quais representam fórmulas silogísticas de dedução da causa de cada consequente. Faz-se oportuna, nesse momento, uma breve análise do método proposto, aplicando-o à investigação do processo de imputação do erro médico, a fim de ilustrar-se a aplicação do raciocínio lógico-dedutivo na formação de presunções.

<sup>1000</sup> CARNELUTTI. A prova civil (2005), pp. 47-48.

<sup>1001</sup> TARUFFO. Verità e probabilità nella prova dei fatti (2007), pp. 212-213. Arremata TARUFFO: “In sostanza, la verità che si accerta nel processo non è ‘formale’ per il solo fatto che viene accertata all’interno del processo; piuttosto, si tratta di una verità che è più o meno approssimata alla verità ‘reale’ a seconda di come è strutturato il processo nel quale essa viene stabilita”. Em tradução livre: “Em substância, a verdade que se constata no processo não é ‘formal’ pelo simples fato que vem constatada nos termos do processo, ao contrário, se trata de uma verdade que é mais ou menos aproximada da verdade real de acordo com como é estruturado o processo no qual essa vem estabelecida” (idem, p. 214)

O primeiro cânone é sintetizado na seguinte proposição: “Se duas ou mais instâncias do fenômeno sob investigação têm apenas uma circunstância em comum, a circunstância que ambas têm em comum é a causa ou o efeito do fenômeno.” No presente método, importa separar aquilo que se pretende definir como causa. Suponha-se que, ao investigar o elemento A, experimente-se juntamente com B e C, causando o efeito xyz. De outro lado, percebe-se também que, quando A é associado a D e E, tem-se o efeito xwj. Pode-se concluir que y e z não são efeitos de A, pois não foram produzidos no segundo caso, assim como w e j também não são, por não terem sido produzidos no primeiro. Assim, apenas x é efeito de A.<sup>1002</sup>

Quando a *lex artis* estabelece prazos máximos para a realização de cesáreas de urgência, faz a inferência de que, ultrapassado o prazo conferido, provavelmente se seguirá dano ao neonato.<sup>1003</sup> Tais prazos foram definidos justamente tomando como referência casos anteriores, que conferem o suporte empírico para se afirmar até quando o médico poderá aguardar para dar início aos procedimentos. É possível que, ultrapassado o prazo, nada venha a ocorrer. É possível que, observado ou não o prazo, a criança nasça com um síndrome de raízes genéticas que nenhuma relação guarde com o procedimento. O certo é que, se determinadas lesões só ocorrem em razão da demora na realização do parto, a efetiva demora é contrária à *lex artis* e presume-se a existência do nexo de causalidade..

Praticamente, como uma consequência, ou mais propriamente, como uma “inversão” do primeiro cânone, propõe o segundo: “Se um caso no qual o fenômeno sob investigação ocorre e um caso no qual não ocorre têm todas as circunstâncias em comum exceto uma, ocorrendo esta somente no primeiro, a circunstância única em que os dois casos diferem é o efeito ou a causa ou ao menos uma parte indispensável da causa, do fenômeno”. Nessa hora, o método partirá da exclusão, de tal forma que se verificado que A juntamente com B e C conferem o efeito wyz, importa saber qual

---

<sup>1002</sup> Op. cit, p. 255.

<sup>1003</sup> Cf. TJDF 20000110372836APC, Relator SÉRGIO BITTENCOURT, 4ª Turma Cível, julgado em 03/12/2008, DJ 21/01/2009 p. 34.

efeito é gerado, quando A está ausente. Se o resultado for tão somente o efeito yz, conclui-se que o efeito de A é necessariamente causa de x.<sup>1004</sup>

Em caso da jurisprudência brasileira, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal brasileiro, buscava-se reparação por pretensos erros médicos que teriam levado a uma infecção que acabou sendo fatal a um neonato. Após análise dos elementos fáticos e das provas carreadas aos autos, retira-se da decisão o seguinte excerto:

*" Nessa linha de análise dos elementos trazidos aos autos e tomando a liberdade para desbravar a literatura médico-especializada, puderam-se descobrir todos os pormenores que circundavam o caso em tela, desde o chamado desconforto respiratório apresentado pela criança, logo após o seu nascimento, o diagnóstico da doença, o tratamento disponibilizado, o quadro clínico e a sua involução. Registre-se, no estudo, que as afecções respiratórias do feto ou do recém-nascido são mais comuns do que se imaginava, pois no período gestacional ou logo após o nascimento, a criança pode ter sido acometida por qualquer infecção materna, via transplacentária, durante o parto, nosocomial, e depois, por inúmeras adversidades. A indicação de algum mal se inicia pelo chamado desconforto respiratório, pois se externa pelo conjunto de sinais clínicos apresentados pelo neonato, não sendo elemento seguro para registrar qualquer tipo de diagnóstico. Pela leitura atenta do prontuário médico trazido aos autos e confrontando os relatos médicos e as medidas adotadas para o tratamento da criança, chega-se à conclusão de que a mesma veio a ser acometida de pneumonia intra-uterina, pois os sinais por ela apresentados - desconforto respiratório precoce, batimento de asas do nariz, gemido, cianose, letargia, choro fraco, intolerância à dieta, distensão abdominal, hipotermia, dentre tantos outros - caminharam de forma resoluta para o referido diagnóstico."*<sup>1005</sup>

Percebe-se que, ao verificar os sintomas apresentados e amparando-se em literatura médica, concluiu-se que os elementos presentes são compatíveis com as consequências de uma infecção intrauterina e não com uma infecção hospitalar.

Unificando ambos os métodos anteriores, encontra-se o terceiro cânone: "Se dois ou mais casos nos quais o fenômeno ocorre têm apenas uma circunstância em comum, enquanto dois ou mais casos em que não ocorre não têm nada em comum a não ser a ausência dessa circunstância, a única circunstância na qual os dois grupos de casos diferem é o efeito, ou a causa, ou ao menos uma parte necessária da causa do

<sup>1004</sup> Op. cit., pp. 255-256.

<sup>1005</sup> 20030710115887APC, Relator WALDIR LEÔNIO LOPES JÚNIOR, 2ª Turma Cível, julgado em 29/10/2008, DJ 15/12/2008 p. 51.

fenômeno”. Assim, quando se analisa que nos casos em que A ocorre, x está presente como efeito, nos casos em que A não ocorre x não está presente como efeito,<sup>1006</sup> disso extrai-se como conclusão o quarto cânone, que nada mais é do que um desmembramento do mesmo método: “Subtraindo de algum fenômeno a parte que se sabe, por induções anteriores, ser o efeito de alguns antecedentes, o efeito dos antecedentes restantes é o resíduo do fenômeno”<sup>1007</sup>

Tome-se o exemplo de uma fratura exposta de grau 3A de Gustillo. Os médicos divergem sobre qual o melhor tratamento a ser conferido. Alguns entendem haver maiores benefícios na fixação da fratura de imediato, juntamente com o tratamento da fratura exposta, visto que haverá uma única anestesia e menor chance de embolia pulmonar com recuperação mais rápida. Entretanto, tal opção incrementa o risco de osteomielite.<sup>1008</sup> Outro grupo de ortopedistas prefere realizar o tratamento da fratura

---

<sup>1006</sup> Op. cit., pp. 258 e 259.

<sup>1007</sup> Idem, p. 260. O quarto cânone se aplica para circunstâncias que não podem ser separadas. Assim, se se pretende averiguar se A é efeito de a, sem que possa separar ambos os elementos, importa que sejam promovidas alterações no estado de A. Se ao alterar A percebem-se alterações no consequente a, sem que os demais consequentes c e d sofram alterações, então pode-se concluir que a é direta consequência de A (Idem, pp. 260 -262).

Para o quarto cânone que acaba gerando como consequência o quinto cânone, STUART MILL irá considerar situações que apresentam variações concomitantes e cujos elementos não podem ser isolados por completo. Confere como primeiro exemplo o caso do calor, o qual não pode ser separado do corpo que o produz. Por isso, os métodos anteriores se tornam inúteis. Embora seja impossível excluir completamente alguns antecedentes de seus consequentes, pode-se de algum modo modificá-los ou alterar suas variantes, a fim de estudar as consequências de tal variação. Assim, se ao alterar as condições de A observam-se oscilações no consequente x, sem que yz sejam alterados, pode-se concluir que A é causa inteira ou parcialmente de x. Para o calor, por exemplo, embora não se possa isolá-lo completamente do corpo, pode-se aumentar ou diminuir sua intensidade e com isso perceber que, na medida em que assim o faz, causam-se alterações no volume corporal, de modo a poder concluir que um dos efeitos do calor é aumentar o volume do corpo, ou, em outras palavras, distanciar as partículas.

Avança então para um exemplo mais complexo. Como definir os efeitos da lua? Quando se compreende que todas as variações da posição da lua são seguidas de variações correspondentes de lugar e de tempo na maré alta, quando se percebe que tais alterações são proporcionais à distância do lugar da terra para a lua, conclui-se que a lua é, total ou parcialmente, a causa que produz as marés. Percebe-se que as de um efeito correspondem ou são análogas às de sua causa. De outro lado, quando a lua avança para o oriente e a onda faz o movimento da mesma direção, não se pode afirmar, porém, que esta é uma condição indispensável, pois vê-se, nesse mesmo exemplo, que quando o mar se eleva num ponto, eleva-se no mesmo instante num ponto diametralmente oposto e, como consequência, nesse ponto avança necessariamente para o oeste, enquanto que a lua, seguida pelas ondas que lhe estão mais próximas vai para o leste. Ambos os movimentos são igualmente efeitos do movimento da lua. Conclui então por sintetizar o quinto cânone nos seguintes termos: “Quando um fenômeno varia de certa forma, enquanto outro fenômeno varia da mesma maneira, o primeiro é a causa ou o efeito do segundo ou ao menos é conexo a ele por meio de algum nexo de causalidade.” (idem, pp. 261-263).

<sup>1008</sup> A Osteomielite é um processo inflamatório agudo ou crônico do tecido ósseo, produzido por bactérias piogênicas (isto é, produtoras de pus). A bactéria responsável varia de acordo com a idade do paciente e o mecanismo da infecção. Esses agentes causadores (bactéria) chegam ao tecido ósseo de

exposta, com lavagem e instalação de uma tala ou tração, e posteriormente realizar a fixação da fratura. Em tal procedimento, há menor risco de osteomielite, mas um incremento do risco de embolia pulmonar, além dos riscos inerentes à anestesia, que, nesse caso, serão duas, uma para cada momento.<sup>1009</sup> Em ambos os casos, todavia, percebe-se a existência do risco de osteomielite, em maior ou menor grau, visto que deriva da própria fratura.

Nesse viés, faça-se agora a devida e ilustrativa ressalva. Suponhamos que determinado paciente tenha se apresentado para os cuidados de um ortopedista com fratura exposta de grau 3 de Gustillo e o médico opte por realizar o tratamento com a fixação da fratura no mesmo momento e, passado o período de 30 dias, o paciente evolui com osteomielite. Esta, como visto, é um conseqüente possível da própria fratura, mas, por certo, não se pode negar que a opção realizada pelo médico aumentou o risco da existência do conseqüente. A despeito do incremento do risco, ainda que não consentido (o que é bastante possível visto que boa parte dos pacientes se apresenta desacordado), não se deve imputar responsabilidade ao médico que, em verdade, agiu dentro do risco permitido. É certo que sua conduta incrementou o risco e pode efetivamente ter sido a causa do conseqüente, mas agiu dentro da esfera do risco permitido, diminuindo, por sua vez, outros riscos também existentes.

Importa, portanto, como já tem sido acentuado, que o processo de imputação transcenda a mera análise da causalidade física e pondere a reprovabilidade da conduta, a esfera de proteção da norma, o atuar conforme o risco permitido, de forma

---

diferentes maneiras: através de infecções originadas em lesões cirúrgicas ou acidentais; através de partes infectadas do corpo que aumentam a sua área afetada, atingindo os ossos; pelo sangue, que pode trazer infecções de outras partes do corpo. A Osteomielite pode ser de origem hematogênica, isto é, causada por bactérias que se originam de um foco infeccioso afastado do osso, chegando a este por meio da circulação sanguínea. Este tipo de Osteomielite ocorre mais comumente em crianças. Os locais dos ossos mais afetados são a metáfise (que é uma região altamente vascularizada nos ossos em crescimento) e a epífise dos ossos longos. Pode também ser devido a uma lesão contígua ao osso, durante um trauma direto (como exemplo: trauma produzido por um instrumento pontiagudo, fratura exposta, feridas profundas), cirurgia ou a um foco infeccioso junto ao osso. A Osteomielite pode também ser secundária a uma doença vascular periférica. Toda Osteomielite começa como infecção aguda. Se não tratada, ou se o tratamento não for eficaz, evolui, por definição após seis meses, para Osteomielite crônica (<http://osteomielite.tripod.com/id1.html>).

<sup>1009</sup> Ao proceder apenas à lavagem da fratura e instalação de uma tração ou uma tala o paciente há mais risco de desenvolver a embolia pulmonar. Além disso, duas anestésias aumentam o risco de meningite e ocorre uma alteração que pode levar o paciente a se tornar resistente à anestesia, precisando de doses maiores das drogas para dar o mesmo efeito. A fixação imediata diminui 02 riscos (1 anestesia a menos e embolia pulmonar), mas aumenta o risco de osteomielite.

a ponderar o incremento ou diminuição do risco em uma esfera única que leve em conta a universalidade de riscos existentes.

#### **9.4 Estabelecimento de presunções pelos juízos de probabilidade**

A presunção surge da doutrina da probabilidade. O futuro é mensurado pelo passado e as probabilidades emergem das experiências geradas. O que aconteceu no passado, nas mesmas circunstâncias, irá, provavelmente, se repetir no futuro e ordinariamente é provável que os mesmo resultados se implementem, se o contrário não for demonstrado. É a própria natureza de certos tipos de resultados que irá justificar a ilação de que o médico, que controla os meios da prestação do serviço e sua instrumentalidade, tenha causado o dano, na ausência de alguma explicação mais plausível que afaste a provável negligência.<sup>1010</sup>

Assim, é certo que o fato de um pneu furar não pode, por si só, servir como indício de que a inspeção realizada dias antes tenha sido deficiente, porque é sabido que pneus frequentemente estouram. O mesmo não se poderá dizer da queda de um elevador, do descarrilamento de um trem ou da explosão de uma caldeira, visto que tais casos raramente ocorrem senão na presença de um ato negligente.<sup>1011</sup> Mas não basta isso, é necessário que a negligência do réu seja mais provável que a possível negligência de um terceiro, ou mesmo da própria vítima ou ainda mais provável que a existência de um caso fortuito ou qualquer outra causa que possa explicar o evento.<sup>1012</sup>

Para HUME a probabilidade resulta de uma superioridade de possibilidades a favor de uma das partes, visto que maior credibilidade se dará à tese daquele que se encontra em posição de superioridade diante das possibilidades opostas. Pelo costume, transferem-se as experiências e dados coletados no passado para o futuro, em todas as inferências, e espera-se que, se o passado tem sido regular e uniforme, o

---

<sup>1010</sup> SPEISER. *Res ipsa loquitur*, t.1, (1972), p. 11.

<sup>1011</sup> *Idem*, p. 36.

<sup>1012</sup> *Idem*, p. 40.



mesmo evento se repita. Mas, caso se encontrem diferentes efeitos acompanhando causas que em aparência são idênticas, todos esses efeitos variados devem apresentar-se ao espírito, ao transferir o passado para o futuro, e devem ser considerados, quando se determina a probabilidade do evento. Faz-se mister, então, considerar os diferentes efeitos e conferir a cada um deles o peso devido, em proporção à maior ou menor frequência em que se apresentam. Como um grande número de inspeções afluem sobre um único evento, fortalece-se ou confirma-se na imaginação o evento mais provável, engendrando o sentimento que HUME define como crença. Confere-se ao objeto preferência sobre o evento oposto que não é apoiado pelo mesmo número de experimentos e não se apresenta com a mesma frequência ao pensamento, quando se transfere o passado para o futuro.<sup>1013</sup>

O fundamento racional do critério da probabilidade prevalente se apresenta na evidência de que, se consideradas duas ou mais hipóteses sobre o fato, com diversos graus de probabilidade lógica sobre a base da prova disponível, seria certamente irracional e inaceitável um critério de escolha que privilegiasse a hipótese menos provável ou uma hipótese menos provável que outra. Em suma, se o juiz dispõe de elementos de convencimento pelos quais resulta probabilidade maior de veracidade de um enunciado, decidiria de modo irracional, se assumisse como verdadeiro um outro enunciado que, na base do mesmo elemento, resulta menos provável ser verdadeiro, ou seja, provavelmente falso. Não é, portanto, qualquer grau de probabilidade, mas aquele que indique que é mais provável ser verdadeiro do que falso.<sup>1014</sup>

---

<sup>1013</sup> HUME. Investigação acerca do entendimento humano (1999), pp. 72-73.

<sup>1014</sup> TARUFFO. La prova scientifica nel processo civile (2005), p. 1085. É assim que, em dificultoso caso da jurisprudência do estado de Santa Catarina (levado posteriormente, à apreciação do Superior Tribunal de Justiça brasileiro), ante o complexo conjunto probatório e intrincado problema adstrito ao campo da técnica médica, chegou-se à inferência de culpa médica na análise dos elementos encontrados na sequência de eventos. Um paciente procurou a Clínica Neurológica e Neurocirúrgica de Joinville, apresentando histórico de cervicobraquialgia e exames neurológicos mostraram hipoestesia nos dedos indicador e médio esquerdos e paresia triceptal esquerda, com arreflexia triceptal, bem como lesão C6-7 à esquerda. Internado, submeteu-se a mielografia cervical onde se evidenciou falha de enchimento lateral, confirmando o diagnóstico de hérnia de disco. Em 24/02/84 foi submetido à cirurgia para acesso anterior à coluna cervical. Feita a dissecotomia microscópica, não houve convencimento de retirada de material discal compatível com o volumoso aspecto no exame neuroradiológico. No exame pós-operatório imediato foi observado hematoma da região cervical e notado, no início da recuperação anestésica, o “déficit” motor de MMII, o que mostrava um agravamento do seu *status quo ante*. Reaberto, foi encontrado e evacuado o hematoma, cuja drenagem e coagulação da artéria sangrante

À noção de probabilidade associa-se também a concepção de perigo, como probabilidade de dano. É o dano em potencial, um estado de fato que traz consigo a probabilidade de dano, a capacidade de um fenômeno, natural ou atribuível a uma conduta, trazer restrições a bens ou interesses jurídicos. O juízo probabilístico é, nas palavras de JOSÉ DA COSTA JR, “um silogismo, em que a premissa maior é representada por aquilo que sói acontecer (conhecimento nomológico) e a premissa menor, pelo caso concreto (conhecimento ontológico)”. Deste modo, conclui-se que a aplicação de morfina em excesso costuma matar (conhecimento nomológico); o médico ministrou morfina em excesso (conhecimento ontológico), logo, o paciente provavelmente morrerá.<sup>1015</sup> A mesma proposição poderá ser utilizada no futuro, após a morte do paciente: a aplicação de morfina em excesso costuma matar (conhecimento nomológico); o médico ministrou morfina em excesso e o paciente morreu (conhecimento ontológico); logo, o paciente provavelmente faleceu em razão da negligência médica.

O fato daquilo que aprioristicamente fora julgado como provável não se realizar, não desnatura sua periculosidade. Poderá, sim, conferir novos elementos para se redefinir os critérios e graus de probabilidade, mas não necessariamente eliminar aquilo que, por uma experiência mais extensa, havia sido considerado como perigoso. Circunstâncias antecedentes ou consequentes desconhecidas do juízo prévio de probabilidade sempre existirão, seja porque estavam fora do alcance do conhecimento humano, seja porque não foram devidamente previstas.<sup>1016</sup> Isso não elimina, todavia, a

---

controlaram o problema. A evolução pós operatória revelou, entretanto, quadro de paraplesia, sem recuperação do déficit neurológico. Ao procurar outro médico, foi constatada também a compressão medular a nível C6-7 por hérnia de núcleo pulposo. O requerente, como consequente, foi obrigado a se submeter a novas cirurgias, realizou diversos gastos e ao final restou com quadro definitivo de paraplesia, e, desse modo, impossibilitado para o trabalho, o que o levou à aposentadoria por invalidez. Na apreciação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, restou consignado que a causa da tetraplegia foi a secção da medula, que inexistia antes do primeiro ato cirúrgico, devido à compressão do material discal, não inteiramente removido, por opção do neurocirurgião réu do processo, associada à pressão exercida pelo hematoma (fls. 872). O fato de o paciente ter sido submetido a outras duas cirurgias destinadas à remoção do excesso, quando também se constatou a compressão da medula, trouxe a inferência de que a remoção dos resíduos discais não foi suficiente. Também da existência de hematoma, que colaborou para a compressão da medula, inferiu-se a negligência. Concluiu-se pela culpa na retirada apenas parcial da hérnia, em fevereiro de 1984. A decisão foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro (REsp 69309/SC, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/1996, DJ 26/08/1996, p. 29688).

<sup>1015</sup> COSTA JR. Nexo Causal (2007), p. 65.

<sup>1016</sup> Idem, p. 66

maior probabilidade do acerto da decisão de inferência de causalidade, quando pautada pelos juízos da experiência. Mesmo porque a maior probabilidade de acerto caminha também na proporção do aumento da experiência, que também se dará com a própria prática do raciocínio.

Pautar a compreensão e análise do nexos causal por meio de índices de probabilidade não é proposta estranha ao direito e, em verdade, é impossível negar que toda a teoria do nexos causal, de algum modo, passa pela verificação daquilo que é mais provável ter ocorrido. De fato, o magistrado é acometido, muitas vezes, de grande dificuldade em afirmar com toda convicção a causa de determinado evento danoso. Por tal razão, os juízos de inferência são instrumentos postos à disposição do juiz, para que, quando se fizer incapaz de precisar a origem de determinado evento, possa ao menos caminhar de forma “provavelmente” mais acertada. Não é outra a intenção do previsto no art. 563º do Código Civil português: “A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado *provavelmente* não teria sofrido, se não fosse a lesão.” (destacamos)

A própria indução sempre será, por essência, um procedimento por inferência, indo do conhecido para o desconhecido. O que irá variar é o nível de aproximação do sentido de certeza. Há um princípio inerente a toda indução de que o que acontece uma vez, terá um grau de probabilidade menor ou maior de ocorrer novamente, conforme se mostre em maior ou menor escala repetitiva. O universo segue a lógica de que aquilo que é verdadeiro para determinada natureza, será verdadeiro para outra natureza; resta apenas decifrar qual é essa natureza.<sup>1017</sup> Assim, argumenta STUART MILL que, se A é acompanhado por D, B por sua vez é acompanhado por E e finalmente C por F, temos que se AB é acompanhado por DE, AC por DF, BC por EF e, ao final, ABF por DEF. Mas de todas as sete premissas, apenas as três primeiras ele chamará de leis da natureza, pois esclarecem uniformidades, quando reduzidas a seu sentido mais simples.<sup>1018</sup>

<sup>1017</sup> MILL. System of logic ratiocinative and inductive (1919), pp. 200-201.

<sup>1018</sup> Idem, p. 206.

### 9.5 Análise probabilística na definição do nexo de causalidade em um juízo de adequação da conduta

Observe-se que a teoria da causalidade adequada, hoje de maior aceitação doutrinária, não foge dessa regra, pois, do mesmo modo, tem em suas bases a análise da probabilidade de o resultado ter advindo de determinado fato imputável, segundo as regras da experiência, no curso ordinário dos acontecimentos, “*id quod plerumque accidit*”. Para que a conduta seja considerada “adequada” à produção do resultado, é necessário que haja um grau de regularidade com aquilo que costuma suceder. A ação deve ser idônea para produzir o efeito operado. Se os fatos são incomuns, não se poderá precisar se o evento danoso teria, de fato, advindo desses, mas tão somente será possível a afirmação de uma sucessão temporal.

A teoria da causalidade adequada, portanto, pressupõe uma pluralidade de casos que sejam aptos a formar a convicção da probabilidade. É a chamada “prognosis póstuma” à conduta, consistente em determinar *ex post ipso* a possibilidade de um resultado em função das condições precedentes.<sup>1019</sup>

Assim, na teoria da causalidade adequada, para estabelecer a causa de um evento, far-se-á necessário realizar um juízo de probabilidade de forma apriorística, perscrutando, por meio de uma análise em abstrato, se a ação ou omissão, por si mesma, tinha o potencial de, normalmente, produzir o dano. Se a resposta for negativa, se não detiver a capacidade de causar o dano, ainda que o tenha causado, deverá ser reconhecida a existência de caso fortuito ou força maior.<sup>1020</sup> Nesse escopo, o juiz deverá retroceder ao momento da ação ou omissão, a fim de verificar se a causa era ou não idônea a gerar o dano.<sup>1021</sup>

Determina-se a idoneidade da conduta *ex post*, ou seja, após a realização do resultado, mas por meio de um juízo *ex ante*. Efetua-se um prognóstico com retrocesso temporal. Tomam-se nesse juízo não só as leis da natureza que o homem

<sup>1019</sup> GOLDENBERG. La relación de causalidad en la responsabilidad civil (2000), pp. 23-24.

<sup>1020</sup> ORGAZ. El daño resarcible (1967), p. 47.

<sup>1021</sup> Idem, p. 48.

possua por sua experiência cotidiana (conhecimento nomológico), como também as circunstâncias conhecidas pelo agente no caso concreto (conhecimento ontológico). O magistrado se coloca na posição do agente no sentido de verificar, *ex post*, que condições este teria de prever *ex ante*, de acordo com os conhecimentos adquiridos, os juízos que lhe eram exigidos e as circunstâncias do caso concreto, em especial por suas condições particulares.

O juízo de adequação que realmente satisfaz, não é um processo hipotético de eliminação, porque este, por si só, não determina a existência de uma relação de causalidade. O que interessa é a formulação de parâmetros que indiquem o que ordinariamente se sucede como consequência de certas ações ou omissões ou, de outro lado, o que normalmente é necessário que ocorra, para que determinado resultado se implemente. Não se indagará a causalidade do fato singular, mas sim deste, tomado como espécie, pressupondo a pluralidade de casos, perscrutando-se a constância entre fato e causa.<sup>1022</sup>

A imputação objetiva do resultado, por sua vez, não se orienta pela causalidade física (teoria da equivalência das condições), mas por um juízo de adequação que procura verificar se a conduta, conforme o cuidado exigido, teria evitado o resultado. Controverso é, todavia, o critério de avaliação da probabilidade, a fim de se aferir a eliminação hipotética do resultado, caso houvesse atuado conforme as regras de cuidado, o que proporcionaria a exclusão da responsabilidade. Alguns procuram imputar a responsabilidade, quando o resultado teria sido evitado, segundo um juízo de probabilidade extrema (nos limites da certeza) ou, ao contrário, apenas negam a imputação, quando o resultado não teria sido evitado segundo esse critério. Outros, de forma mais elástica, se fiam no critério da possibilidade de ter sido evitado ou não ter sido evitado o resultado.<sup>1023</sup>

## 9.6 A perda da chance de cura probabilisticamente considerada

---

<sup>1022</sup> DÍAZ. Responsabilidade Coletiva (1998), p. 73.

<sup>1023</sup> Cf. TAVARES. Teoria do crime culposos (2009), pp. 356-357.

Já houve a oportunidade de apresentar as premissas da teoria da perda de uma chance, bem como a aplicabilidade e as críticas que tem recebido. Viu-se que, para o objeto desse trabalho, há particular interesse, quando 1) a falta de informações a respeito dos riscos e efeitos colaterais de determinado tratamento, já efetuado, priva o paciente da chance de tê-lo rejeitado, caso tivesse sido regularmente informado; e, 2) um erro de diagnóstico impede o paciente de ter sido submetido a tratamento em tempo oportuno, o que aumentaria a chance de êxito.

O tema deve ser agora retomado, a fim de colocá-lo às luzes da responsabilidade probabilística, visto que, em nenhuma das duas hipóteses, o nexo de causalidade poderá, com absoluta certeza, ser afirmado. Se a falta de informação, tão apenas hipoteticamente, poderia ter evitado a conduta desencadeadora do resultado, no erro de diagnóstico, a chance de cura também não é certa e somente pode ser considerada em termos de probabilidade.

Quanto à inexistência de informações sobre os riscos da atividade, importa que se resgate o que se disse no item 6.6.5. Na ocasião, foi enfrentado o argumento de que a falta de informação seria, por si só, uma violação do direito de autodeterminação e que, portanto, daria ensejo ao dever de indenizar. Ainda que se possa considerar a existência de um dano moral na análise do caso concreto, a construção de um nexo de causalidade, entre a omissão e o implemento do risco não informado, dependerá necessariamente de uma análise probabilística, a qual se dará em um duplo viés. Primeiro, na consideração da probabilidade do incremento do risco e, em seguida, da probabilidade de que, ainda que houvesse sido regularmente informado, teria rejeitado o tratamento médico que deu ensejo ao resultado.

No que toca ao erro de diagnóstico, é novamente a análise probabilística, também tomada por um duplo viés, que irá informar a seriedade do argumento. De um lado, deverá verificar-se o grau do provável decréscimo das chances de cura, pelo adiamento provocado pelo diagnóstico não realizado em tempo oportuno. De outro lado, servirá a análise probabilística ao fim de inferir o próprio erro de diagnóstico.

Havendo negligência do médico em requisitar exames necessários ao diagnóstico de determinada doença, que em tese poderia ter sido tratada, caso

descoberta anteriormente, aberta estará a pretensão indenizatória pela perda da chance de sobrevivência ou de cura, ainda que o nexo causal seja baseado tão somente em probabilidades.<sup>1024</sup> É possível presumir a culpa do médico que, podendo, deixa de realizar os exames necessários. Não é certo que se tivesse procedido aos exames teria realizado corretamente o diagnóstico, mas é certo que as chances seriam maiores e que, por negligência própria, incrementou o risco de insucesso.<sup>1025</sup>

Caberá ao médico, de outro lado, demonstrar que a solicitação dos exames era irrelevante, pois já naquele momento qualquer tratamento não teria êxito ou até mesmo poderia ter antecipado o evento letal.<sup>1026</sup> De outro lado, é necessário que reste comprovado pelo autor senão o nexo causal, ao menos a probabilidade real de existência deste.<sup>1027</sup>

---

<sup>1024</sup> ROSÁRIO. A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica (2009), p. 30.

<sup>1025</sup> Responsabilidade civil - Morte de criança de cinco meses, por insuficiência respiratória - Age com culpa o médico de clínica que, ao atender infante recém-liberado de internação por broncopneumonia, não pesquisa o prontuário e, sem realizar os exames de toque ou solicitar radiografias, diagnostica e trata de quadro de pneumonia em fase adiantada, como se "catapora" fosse, contribuindo, com isso, decisivamente, para o evento letal decorrente de parada respiratória ocorrida menos de 48 horas após o procedimento - Provimento para julgar a ação procedente e condenar a requerida ao pagamento das despesas de funeral, dano moral em quantia equivalente a 200 salários mínimos (TJSP - 9120728-49.2002.8.26.0000. 4ª Câmara de Direito Privado. Relator Enio Zuliani, 01/06/2006).

<sup>1026</sup> NORONHA. Direito das Obrigações (2007), p. 608.

<sup>1027</sup> Em ilustrativo caso da jurisprudência espanhola (SAP Barcelona 10-IV-2002 – JUR 176562), se observa na fundamentação do deciso absolutório que, seja qual for a teoria persecutória do nexo causal adotada, este deve se mostrar presente para a responsabilização em casos de perda de uma chance. Tratou-se do caso de uma senhora gestante que, ao realizar uma ecografia, detectou-se a suspeita de possíveis complicações renais. Não se realizaram exames adicionais, nem durante a gestação (o que era adequado em atenção ao feto), nem depois do nascimento (o que era inadequado). A mulher perdeu, posteriormente, o funcionamento do rim esquerdo. Apesar disto, o médico foi absolvido sob a seguinte fundamentação: "La pregunta fundamental que cabe hacerse, es si el error de terapia o de seguimiento evolutivo por parte del acusado fue determinante del resultado dañoso esto es la pérdida del riñón derecho como consecuencia de una hidronefrosis u obstrucción de las vías del riñón con pérdida de la funcionalidad; o dicho de otro modo, si a partir de 1994 se hubieren practicado a la Sra. A. otras pruebas complementarias, se hubiera evitado dicho resultado dañoso. En definitiva se trata de determinar lo que se ha venido llamando relación de causalidad, exigida por la jurisprudencia en las infracciones culposas en los siguientes términos: 'Adecuada relación de causalidad entre el proceder descuidado, desatador del riesgo, y el mal sobrevenido, estimándose que se da el nexo de causalidad cuando el resultado lesivo no se hubiese producido sin la concurrencia de la acción imprudente – teoría de la 'conditio sine que non' o de la equivalencia de condiciones -, pero, exigiéndose además, confirme a la moderna doctrina de la imputación objetiva, que el mal sobrevenido suponga la conversión o concreción del riesgo creado por el comportamiento impudente, y que por tanto produzca en el ámbito de dicho riesgo, y sea de los

Ensina ÁLVARO DIAS que o que se deve censurar são os meios utilizados ou deixados de se utilizar, quando da elaboração do diagnóstico, e não a apreciação ou o resultado das conclusões que o médico retira dos dados que lhe são conferidos. A questão não seria tanto de saber se um médico avisado teria ou não cometido o erro de diagnóstico, mas sim de saber que meios o médico avisado teria utilizado, para conseguir um diagnóstico exato, e se esses foram ou não utilizados.<sup>1028</sup> Nesse condão, o autor acaba afastando a responsabilidade pela negligência ou imperícia em diagnosticar. De fato, não se pode esperar que o médico acerte todo diagnóstico, aos moldes de uma verdadeira obrigação de resultado. Mas as mesmas exigências que se fazem a qualquer médico, de qualquer especialidade, de atuar conforme o padrão do homem médio, conforme a técnica e os conhecimentos exigidos do profissional, dentro de um padrão médio de diligência e habilidade, devem servir igualmente de parâmetro para o diagnóstico. Em outras palavras, a pergunta que deve ser feita é: um profissional, dentro dos parâmetros médios a ele exigíveis de conhecimento e diligência, teria *provavelmente* diagnosticado a doença?

A conjuntura que é frustrada não é o proveito esperado, mas a probabilidade de que esse proveito ocorreria. O juízo probabilístico não poderá, todavia, ser meramente hipotético. O vínculo do provável nexa causal deverá ser suficientemente forte.<sup>1029</sup>

A chance perdida só se torna relevante juridicamente, quando bastante fundada, ou seja, quando mais do que uma possibilidade era uma “probabilidade suficiente”.<sup>1030</sup> Outrossim, o que será sopesado para fins de indenização não é a perda

---

resultado lesivos o danosos que la norma objetiva de cuidado trata de evitar”. Cf. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO. Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables (2008), p. 39.

<sup>1028</sup> DIAS. Culpa Médica (1995), pp. 38-39.

<sup>1029</sup> ROSÁRIO. A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica (2009), p. 138.

<sup>1030</sup> Segundo posição firmada no Superior Tribunal de Justiça brasileiro, a chamada “teoria da perda da chance”, de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável (REsp 1104665/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 04/08/2009). Apesar disso, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já decidiu que cabe dano moral, embora comprovado que o médico que deixou de diagnosticar moléstia que poderia ter sido tratada anteriormente, em nada alterou o curso da doença. TJRJ – Apelação Cível no 2005.001.44557, j. em 29/03/2006, 17ª Câmara Cível, rel. Des. Edson Vasconcelos.



ou o prejuízo em si, mas a própria chance, que o juiz deverá apreciar em concreto, visto que o prejuízo consiste na própria chance perdida.<sup>1031</sup>

A fim de se traçar a sinuosa linha divisória entre a chance perdida, digna de tutela, e a juridicamente irrelevante, a jurisprudência norte-americana tem se pautado pela consideração do tudo ou nada (*all or nothing doctrine*), sendo imperioso restar comprovado que havia mais chances de sucesso do que de insucesso da expectativa perdida (*more likely than not*), se não fosse a conduta imputada ao réu. A pretensão da vítima é tomada em exclusivos termos de causalidade.<sup>1032</sup> O paciente terá de demonstrar ao menos 51% de chance de assim ter ocorrido.<sup>1033</sup>

A maior parte dos tribunais americanos tem tratado o problema de forma a desconsiderar pequenas probabilidades, perscrutando, simplesmente, se o paciente teria ou não obtido êxito no tratamento, se não fosse a falta médica. Tal perspectiva tem sido muito criticada por confundir o tema da valoração das probabilidades com o ônus da prova,<sup>1034</sup> por tornar o âmbito compensatório restrito, espelhando a falta de confiança na capacidade de o sistema judicial avaliar diferentes graus de compensação.<sup>1035</sup> Contudo, alguns tribunais têm aceitado a aplicação, mesmo que as probabilidades sejam inferiores a 50%. É o caso de *Kallenberg v. Beth Israel Hosp*, em que os médicos prescreveram, mas deixaram de administrar, Naturetin, à paciente que sofria sua terceira hemorragia decorrente de um aneurisma cerebral. A droga teria reduzido sua pressão sanguínea, o que era necessário para preparar a paciente para a cirurgia. O perito acabou concluindo que a não administração da droga foi um fator contributivo para o insucesso da cirurgia, a qual teria "'20, say 30, maybe 40% chance of survival' with surgery and surgery could have been performed if proper drugs had been administered." (em tradução livre: "20, diga-se 30, talvez 40% de chance de

<sup>1031</sup> ORGAZ. El daño resarcible (1967), p. 71.

<sup>1032</sup> KING JR. Reduction of likelihood reformulation and other retrofitting of loss-of-a-chance doctrine (1997), pp. 499-500.

<sup>1033</sup> Cf. ELLIS. Loss of a chance as technique: Toeing the line at fifty percent (1993).

<sup>1034</sup> ROBINSON. Probabilistic causation and compensation for tortuous risk (1985), p. 792.

<sup>1035</sup> KING JR. Reduction of likelihood reformulation and other retrofitting of loss-of-a-chance doctrine (1997), p. 507.

sobrevivência com a cirurgia, a qual teria sido executada, caso as drogas indicadas tivessem sido administradas).<sup>1036</sup>

No mesmo sentido, em caso relativamente recente da jurisprudência inglesa, *Gregg v Scott*<sup>1037</sup>, o médico diagnosticou um câncer como tumor benigno, reduzindo as chances de cura de 42% para 25%. Na Casa dos Lords, o tribunal afirmou a teoria do *all or nothing* (tudo ou nada), defendendo que se as chances são diminuídas de 60% para 40% por negligência médica, poderá haver compensação. Mas se as chances decrescem de 40% para nada, nenhuma indenização haverá.<sup>1038</sup>

Igualmente na Itália tem se referido à necessidade da chance resultar de um elevado grau de probabilidade, com razoável probabilidade e por vezes probabilidade maior do que 50%.<sup>1039</sup>

Há intrínseca relação na estruturação do raciocínio baseado na prova individualizada e nas evidências estatísticas. O enquadramento em uma ou outra categoria é questão de percepção pessoal. Um tipo de prova inevitavelmente se entrelaça com a outra. O mais importante é que a conduta do agente retirou não só a chance da vítima como também sua capacidade de mensurar de forma precisa o tamanho dessa chance. A necessidade de se comprovar a perda de expectativa, se não fosse a conduta culposa do agente, deve ser a diretriz que irá conferir coesão às evidências, sejam estas individualizadas ou estatísticas.<sup>1040</sup>

<sup>1036</sup> Cf. MAKDISI. Proportional liability (1988), p. 1082. Veja também *Herskivits v. Group Health Co-op.*, 99 Vash. 2d 609, 664 p. 2d 474 (1983).

<sup>1037</sup> [2005], UQLJ 10.

<sup>1038</sup> “46. The reason for this disquiet is not far to seek. The present state of the law is crude to an extent bordering on arbitrariness. It means that a patient with a 60% chance of recovery reduced to a 40% prospect by medical negligence can obtain compensation. But he can obtain nothing if his prospects were reduced from 40% to nil. This is rough justice indeed. By way of contrast, the approach set out above meets the perceived need for an appropriate remedy in both these situations and does no more than reflect fairly and rationally the loss suffered by a patient in these situations.”

<sup>1039</sup> Cass., 27 de Julho de 2011, n. 10291, *ivi*, 2001, você Danni in mat. Civ. E pen., n. 225; Cass, 27 de janeiro 1999, n. 722, *cit*; Cass., 6 de fevereiro de 1998, n. 1286, *cit*. Cass., 4 de março de 2004, n. 440, *cit.*, Cons. Stato, sez VI, 7 de fevereiro de 2002, n. 686, in Foro Amm. Cons. Stato, 2002, p. 453. Criterio análogo è stato usato da Trib. Torino, 16 febbraio 1998, in Giur., it., 200, I, 1, p. 320, apud TARUFFO. La prova scientifica nel processo civile (2005), p. 1102.

<sup>1040</sup> KING JR. Reduction of likelihood reformulation and other retrofitting of loss-of-a-chance doctrine (1997), p. 533.

Acentua PETEFFI DA SILVA que as dificuldades probatórias do nexo causal levam à escolha de caminhos radicais, pois, ou a vítima resta sem qualquer reparação, pela incapacidade de demonstrar a causalidade ou “se trabalha com presunções de causalidade, tentando alcançar reparação do dano final”.<sup>1041</sup> Conclui o autor que “a perda de uma chance, aplicada em hipóteses nas quais o processo aleatório chegou ao seu final, não depende de uma desvirtuação do nexo causal, mas de uma evolução deste.”<sup>1042</sup>

É mais uma vez a análise probabilística que terá o condão de dirigir a escolha judicial, que assumirá, sem dúvida, “chances” de equivocar-se, seja deixando a vítima sem indenização, quando essa era de fato devida, seja imputando responsabilidade pela *chance* (de conteúdo, sem dúvida, hipotético) de cura ou aumento de sobrevida perdida, quando a conduta médica em nada teria alterado o curso natural da doença. As “chances” de erro da escolha do juiz sempre existirão, mas o método mais “provável” de ver seus índices diminuídos não é outro senão pela análise probabilística. Desse modo, poderá afirmar-se, ao final, que as “chances” de acerto da decisão judicial são mais “prováveis”. Como preleciona a Ministra NANCY ANDRIGHI em julgado do Superior Tribunal de Justiça brasileiro a respeito do tema: “a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o “improvável” do “quase certo”, a “probabilidade de perda” da “chance de lucro”, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas.”<sup>1043</sup>

## 9.7 Incremento do risco sem advento do evento danoso

Há também de se considerar a avaliação probabilística do incremento do risco, como ocorre quando uma intervenção médica mal conduzida expõe o paciente ao risco de vir a desenvolver certa enfermidade no futuro. Nesse caso, as presunções e apreciações probabilísticas terão características próprias, visto que o dano nem sequer

<sup>1041</sup> DA SILVA. Responsabilidade civil pela perda de uma chance (2007), p. 82.

<sup>1042</sup> Idem p. 228

<sup>1043</sup> REsp 965.758/RS, 3a Turma, Min. Nancy Andrighi, DJe 03/09/2008.

ocorreu e se torna, portanto, parte da própria aferição da probabilidade. O que se constata é tão somente a criação de um risco ou incremento das chances de que o dano se implemente.<sup>1044</sup> Agora, ao invés de uma chance perdida, há o ganho de uma chance, dessa vez, não desejada.

Suponha-se que o médico venha a retirar uma lesão de partes moles de uma criança, próxima ao pescoço, e envia a biópsia para exame anátomo-patológico. O médico patologista que recebe o material, por sua vez, erra e confere um diagnóstico de malignidade quando, na verdade, a lesão era benigna. Baseado neste resultado, o cirurgião encaminha a criança para radioterapia. Sabe-se que irradiar o pescoço de uma criança poderá trazer complicações futuras, e dar ensejo ao desenvolvimento de câncer de tireóide e de osso, um aumento de *chances* que por certo não é desejado. Assim, far-se-á necessário o eterno monitoramento com técnicas de imagem. Do mesmo modo, tome-se o exemplo de um erro de diagnóstico que leva o médico a ministrar altas doses de corticosteróides, pensando tratar-se de lúpus eritematoso. No futuro, o paciente poderá desenvolver osteoporose e catarata (complicações tardias dos corticosteróides), o que exigirá constante acompanhamento. Percebe-se que em ambos os casos descritos não há ainda um dano, mas uma alta probabilidade que este venha a ocorrer, assim como o necessário e não desejado monitoramento.

Duas pretensões indenizatórias se apresentam de imediato. Em primeiro lugar, ainda que o dano não tenha sido ainda implementado ou talvez nem sequer venha a ocorrer, o paciente já está obrigado a se submeter a procedimentos de monitoração, nos quais terá de realizar exames preventivos ou receber certas medicações, a fim de evitar que o risco criado se transforme em efetiva moléstia. Também poderá ocorrer, ainda que com certa raridade, que o risco seja tão certo, que possa ser mensurado

---

<sup>1044</sup> O Restatement (second) of Torts section 323 dos Estados Unidos, traz disposição que permite o amparo legal da hipótese descrita: "One who undertakes...to render services to another which he should recognize as necessary for the protection of other's person or thing, is subjected to liability to the other for physical harm resulting from his failure to exercise reasonable care to perform his undertaking, if, a) his failure to exercise such care *increases the risk of such harm*." Em tradução livre: "Aquele que se empenha...em prestar serviços a outro, considerados como necessários à proteção da outra pessoa ou de seus pertences, está sujeito à responsabilidade em razão de dano físico causado por sua culpa em exercer razoável cuidado no exercício de sua tarefa se a) sua falta no exercício de tal cuidado *augmentar o risco de dano*. (destaque). REISIG. The Loss of a chance theory in medical malpractice cases: an overview (1989), pp. 1175-1176

como dano iminente, antes mesmo de seu real advento. A respeito disso, na Corte de Cassação francesa em 1932, restou asseverado que: “Se não é possível a concessão de indenização a prejuízos puramente eventuais, assim não ocorre quando o prejuízo, apesar de futuro, aparece aos juízes como a prolongação certa e imediata de um estado de coisas atual e sendo suscetível de estimação imediata”.<sup>1045</sup>

Tal medida também se apresenta viável a indenizar chances perdidas na cura de doenças também hipotéticas. Em curioso caso julgado do Tribunal de Justiça do Paraná, um casal contratou os serviços de uma empresa para a coleta de células-tronco do filho que estava para nascer. Os pais informaram o local e hora para a coleta, contudo, os funcionários da ré se atrasaram, perdendo o momento único para a coleta. O casal ingressou então com ação indenizatória pela perda de chance de cura de uma possível doença que possivelmente pudesse ser tratada no futuro, com o uso de células-tronco. Apesar de todas as conjecturas, da impossibilidade de se prever a possibilidade do uso para o tratamento e nem sequer se identificar um dano, visto que até mesmo a doença era hipotética, o tribunal condenou ao pagamento de R\$ 10.000,00 a cada um dos pais, considerando a perda da chance de cura de eventual doença, em razão do descumprimento contratual.<sup>1046</sup>

Clarividente é o perigo de injustiça que a apreciação do risco, antes de seu implemento, poderá representar. De um lado, constata-se que o pagamento de uma indenização proporcional ao risco poderá levar ao enriquecimento ilícito, caso aquele jamais venha a se transformar em um efetivo dano. Por outro lado, injusto será também o pagamento proporcional ao risco, se o implemento do fato danoso se demonstrar muito mais oneroso do que a indenização paga pela simples expectativa gerada. Assim, parece ao autor mais aconselhável que a condenação se dirija ao pagamento de valor compatível com o prêmio a ser pago para um seguro calculado, diante do risco de implemento do evento danoso, de forma a proporcionar, se assim o desejar a vítima, a realização de um seguro que a indenizará em caso de eventual

---

<sup>1045</sup> “S’il n’est pas possible d’allouer des dommages-intérêts en réparation d’un préjudice purement éventuel, il en est autrement lorsque le préjudice, bien que futur, apparaît aux juges du fait comme la prolongation certaine et directe d’un état de choses actuel et comme étant susceptible d’estimation certaine”. Cf. SILVA. Responsabilidade civil pela perda de uma chance (2007), pp. 110-116.

<sup>1046</sup> TJPR. Apelação no 401466-0. Relator De. Ronaldo Schulman. Curitiba, 17 de maio de 2007.

implemento do dano. Evidentemente, prejuízos financeiros que já se implementarem, com a necessária monitorização, já poderão ser indenizados, visto que já consubstanciados.

## 9.8 Inferência probabilística do nexos causal

Observa-se que a aferição do nexos causal está intrinsecamente ligada à análise da culpa. Para se imputar a ação do médico como causa do resultado, deverá perquirir-se necessariamente sua adequação à *lex artis*. Ao trilhar esse caminho, a verificação das probabilidades e consequentes presunções daí advindas se torna instrumento de grande utilidade para a distribuição do ônus da prova e nesses fundamentos temos construído nossa proposta.

Procuramos demonstrar as possibilidades de se inferir a culpa médica em casos que denotem sua existência. Ao enfrentarmos os desafios propostos pela teoria da perda de uma chance, ingressamos em terreno diverso da inferência da culpa. Na tentativa de impor responsabilidade pela chance perdida, a culpa se apresenta como clara e já pressuposta, servindo a responsabilidade probabilística ao fim de se estabelecer a existência do nexos causal, presumindo-se a existência de um prejuízo.

Passo outro, nos leva agora aos casos em que se verifica a existência de uma culpa e um dano, agora certo e já existente, mas uma impossibilidade de, dentre diversas possibilidades de nexos de causalidade, precisar qual delas é de fato a causa real do resultado danoso. Ao contrário da responsabilidade alternativa, em que, do mesmo modo, se verifica a existência do dano e há dúvidas sobre quem fora o causador, sendo certa, todavia, sua causa (cfr. 7.4), na atual hipótese não é possível precisar a causa do dano, apesar de conhecida a existência deste e de uma conduta culposa como possível causa. Há, portanto, certeza da existência de uma infração à *lex artis*, há um dano certo e já definido, há uma probabilidade real de ter sido a infração aos deveres de conduta a causa do resultado, mas também há probabilidades paralelas

de outros fatores terem sido a verdadeira causa, sem que seja possível precisar qual é de fato a origem do dano.

Tome-se o exemplo dos usuários de tabaco. É certo que esses terão mais propensão ao desenvolvimento de câncer de pulmão, de língua e de boca. De fato o incremento do risco é significativo. Mas é afirmação demasiadamente forçosa atribuir como certa a responsabilidade da indústria de cigarro ao desenvolvimento de câncer de pulmão em determinado indivíduo. Nesse sentido, a doutrina tem criticado crescentes jurisprudências que têm imputado responsabilidade às indústrias do tabaco pelo desenvolvimento de doenças de incidência maior no grupo de fumantes.<sup>1047</sup> Ainda que seja provável o nexo de causalidade entre o uso de cigarro e o desenvolvimento de câncer, é possível que este tivesse ocorrido, mesmo sem os anos de tabagismo. Não é meramente um argumento afeto às causas hipotéticas ou virtuais, mas a verdadeira impossibilidade de se afirmar, com toda certeza, o nexo de causalidade, tendo em vista o ainda escasso conhecimento sobre as causas do câncer e os mistérios que permeiam a fisiologia.

No *leading case* *McGhee v. National Coal Board* ([1973] 1 W.L.R. 1), em que um empregado de uma fábrica de tijolos contraiu dermatite em razão da poeira do produto, os réus foram considerados culpados, por não providenciarem instalações de limpeza que poderiam evitar o problema, mas de fato não restou comprovado que, caso tal facilidade houvesse sido oferecida aos empregados, o problema não teria se desenvolvido pela simples atividade a que o empregado se submeteu.

Mais ilustrativo para o objeto desse trabalho é o caso *Wilsher v Essex Area Health Authority*<sup>1048</sup>, em que um médico inexperiente, funcionário do hospital, negligentemente administrou oxigênio em excesso durante os cuidados do pós-natal de uma criança prematura, que futuramente se constatou estar cega. O excesso de

---

<sup>1047</sup> Cf. LEVE. Nexo de causalidade e epidemiologia: impossibilidade de extrapolação dos dados epidemiológicos para o estabelecimento do nexo causal no caso concreto (2006), p. 188-190. Enfrentando a polêmica da responsabilidade dos fabricantes de produtos derivados do tabaco, em tese de livre docência apresentada à Universidade de São Paulo, TERESA ANCONA LOPEZ defende que o risco assumido pelos fumantes, na experiência brasileira, deve ser tido como algo previsível pelo consumidor e fazem parte dos efeitos normalmente esperados. Desse modo, as consequências maléficas deverão ser atribuídas à culpa exclusiva da vítima, pois é fato público e notório tudo o que o cigarro pode causar (LOPEZ. Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência do tabaco, 2001).

<sup>1048</sup> [1988] AC 1074.

oxigênio foi dado como uma das cinco causas possíveis da cegueira. Na perspectiva única das regras de probabilidade, o hospital não poderia ser considerado culpado, pois era mais provável que a cegueira tivesse se dado em face de uma das outras quatro causas. A corte de apelação considerou que, tendo em vista que o hospital violou seu dever de conduta, e, desse modo, incrementou o risco de dano, deve ser imputada a responsabilidade, a despeito de não ter sido comprovado o nexo de causalidade.

É possível que a causa seja outra que não o erro médico; é possível que a causa seja exatamente o erro médico, assim como é possível que seja uma combinação de causas, tendo a conduta culposa contribuído para o resultado. É inegável, todavia, que, seja qual for a causa real, o erro médico representa um incremento do risco. Ocorre, entretanto, que a mera imputação de responsabilidade, na incerteza do nexo de causalidade, representaria verdadeira assunção dos danos punitivos (*punitive damages*), pois, ainda que o dano seja certo, é impossível precisar-se sua causa.

De outro lado, havendo o incremento do risco e a existência de um dano, desconsiderar a possível contribuição ao resultado seria deixar a vítima de um erro médico sem reparação. Não há outro caminho senão optar por uma de duas soluções: a) existência de responsabilidade, ainda que na incerteza do nexo causal; ou, b) inexistência de reparação, ainda que verificado o dano e uma conduta culposa. Há, portanto, na opção “a”, o *risco* de se imputar um resultado a quem não foi o causador, e na opção “b”, o *risco* de deixar sem reparação alguém que de fato foi lesionado por um erro médico. A necessidade de uma escolha impõe a utilização da responsabilidade probabilística.

A mera possibilidade, consubstanciada em uma pequena probabilidade, indica que a responsabilização do agente não é a melhor opção. De outro lado, uma pequena probabilidade de a causa do dano ter sido outra que não o erro médico faz saltar aos olhos a necessidade de cumprir o direito em seu mister, no campo da responsabilidade civil. Para que haja a imputação da responsabilidade, o *risco* de injustiça da opção pela imputação sem a existência do nexo causal não deve superar o *risco* da opção pela inexistência da reparação de um dano causado por um erro médico, cujo nexo causal



não pôde ser comprovado. Importa que, tal qual se concebe para a teoria da perda de uma chance, haja comprovada probabilidade, maior que 50%, de ter sido o erro médico a causa do dano. Não há escolha perfeita. Seja qual for a opção, haverá probabilidades de injustiça. Que seja então a probabilidade de injustiça reduzida pela análise probabilística.

Para que haja a imputação do nexos causal pela inferência probabilística, é necessário que se verifiquem os seguintes pressupostos: 1) a existência de um dano; 2) a existência de um erro médico; 3) a impossibilidade de se aferir o nexos causal, conectando o erro médico ao dano; 4) a possibilidade de ter derivado o dano de outras causas; e 5) a maior probabilidade de o dano ter derivado do erro médico do que de outra causa.

Não se trata de uma presunção ou mesmo de uma inversão do ônus da prova, visto que, na hipótese, assim como é impossível atribuir o nexos de causalidade ao erro médico, do mesmo modo é impossível a prova de que o resultado não derivou do erro médico. A solução probabilística caminha nos mesmos termos da doutrina da perda de uma chance. Enquanto nesta a responsabilidade do agente se encontra na perda de uma chance de cura, a imputação do resultado pela inferência probabilística do nexos de causalidade funda-se na maior chance de contração da doença ou da ocorrência do acidente, em razão do considerável incremento do risco, estatisticamente comprovado.

A fim de instruir a aferição das probabilidades por parte do magistrado, façamos uso dos critérios de investigação do nexos de causalidade propostos por CALABUIG<sup>1049</sup>:

a) Critério cronológico – exige que, entre o comportamento imputável e a manifestação do fato danoso, tenha decorrido um período de tempo dentro dos limites fixados pela experiência para o reconhecimento da relação de causa e efeito. Esse intervalo pode ser breve, como em casos de hemorragias ou bem prolongado, como nas enfermidades traumáticas ou infecções que requerem um certo período de incubação.

---

<sup>1049</sup> CALABUIG. Nexos de causalidad en valoración del daño corporal (1997), pp. 20-22.

b) Critério topográfico – exige que os efeitos da lesão se localizem na área sobre a qual se deu a intervenção do agente e, somente em um segundo momento, se estendam a regiões próximas por continuidade ou contiguidade. Importa, de outro lado, ter em mente um certo critério de aleatoriedade, pois o trauma pode se dar sobre um órgão que já se encontrava debilitado por uma enfermidade ignorada. É necessário também considerar os danos difusos, como são as lesões cerebrais causadas por uma parada cardíaca ou pela excessiva perda de sangue.

c) Critério de eficiência qualitativa e quantitativa – procura averiguar a proporcionalidade entre a potencialidade da intervenção lesionante e o dano experimentado. Nesse sentido, dissecando o discurso de VON BURI, pelo qual a culpa deve constituir, a um só tempo, a fonte e o critério limitativo da responsabilidade, é necessário concluir que a responsabilidade de um evento danoso começa a ser relevante, no mesmo momento em que essa é suficientemente grave a justificar um juízo de ilicitude da conduta, tomando em conta a utilidade desta e o custo de eliminação do risco. Nessa esteira é que se fez desenvolver a teoria do escopo da norma.<sup>1050</sup>

d) Critério de continuidade – entre a seriação dos fenômenos, posta em marcha, deve haver uma concatenação lógica e cronológica sem lacunas, entre a incidência da causa lesiva e as manifestações atuais que a ela são atribuídas. É ante essa abordagem que se poderá aventar o rompimento do nexo causal.

e) Critério de exclusão – implica dizer que não deve haver outras circunstâncias etiológicas a que se possa atribuir o evento danoso e que sejam independentes da intervenção tida como causa lesiva. A independência deve ser total, do contrário poderá ser tida como concausa. Para servir aos fins do que aqui convencionamos chamar de inferência probabilística do nexo causal, este último critério deve ser tomado em consonância com os demais, a fim de perscrutar quais fatores podem ser considerados como possíveis causas e, nesse processo, atribuir as respectivas probabilidades que irão instruir a decisão judicial.

---

<sup>1050</sup> TRIMARCHI. Causalità e danno (1967), p. 32

Desse modo, se, ao final, for possível concluir que a probabilidade de ter sido o erro médico a causa do dano é superior a 50%, ou seja, que é mais provável que tenha sido a causa do que o contrário, o risco do *erro* judicial em se imputar a responsabilidade é menor do que o da não imputação. Deixar a vítima sem reparação, nesse caso, representaria a assunção de um risco maior do que a responsabilização sem a certeza do nexo de causalidade.

Poderá também ocorrer que a conclusão final seja de que as chances do erro médico terem contribuído com o resultado são maiores do que 50%, mas que outras causas atuaram em conjunto, de tal modo que a conduta médica, isoladamente, seria incapaz de produzir o mesmo resultado. Em tais circunstâncias, a averiguação do percentual de contribuição de cada causa é irrelevante para fins de imputação, visto que constatada a existência de uma conduta culposa e de um dano, assim como a maior probabilidade de ter sido o erro médico parte do nexo causal. A contribuição de outras causas, todavia, será sopesada na fixação do *quantum debeatur* a ser atribuído a cada causa, a título de indenização, ponderado pelo grau de culpa e não mais pelo grau de participação. Essa é a orientação conferida tanto pelo ordenamento jurídico português<sup>1051</sup> assim como pelo brasileiro<sup>1052</sup>. Desse modo, se o erro médico ocorrido durante uma cirurgia concorre com outro erro médico de outro profissional no pós-operatório, o montante indenizatório devido por cada um será aferido de acordo com o respectivo grau de culpa, ressaltando-se a impossibilidade de a soma de ambos ultrapassar o valor do prejuízo. Se, de outro lado, o erro médico atuou em conjunto com um caso fortuito, responderá tão somente o médico, podendo o *quantum debeatur*, inicialmente fixado de acordo com o valor do prejuízo sofrido, ser diminuído diante da constatação de culpa de menor gravidade.

A solução aqui proposta parece ser a que de fato confere efetividade ao art. 563º do Código Civil português que prevê : “A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido, se não fosse a lesão.”

---

<sup>1051</sup> Código Civil Português: “ARTIGO 494º (Limitação da indemnização no caso de mera culpa) Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.”

<sup>1052</sup> Código Civil: “Art. 944.(...) Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

## 9.9 Responsabilidade probabilística e incremento do risco

Em termos de políticas de prevenção de danos, MAKDISI aponta a utilidade do uso da imputação probabilística da responsabilidade como função desestimuladora de condutas cuja probabilidade (P) de dano (D) supere os benefícios (B). Em termos algébricos, a negligência existirá, quando  $B < P \times D$  (custo avaliado da conduta). Teoricamente, a fórmula indica que um indivíduo que aja racionalmente, não irá atuar, quando a fórmula assim se apresentar. De outro lado, quando  $B > P \times D$ , o agente não será tomado como negligente e será encorajado a atuar no interesse social dos benefícios apresentados por sua ação.<sup>1053</sup>

Isso implica dizer que é possível afirmar-se que, quando  $B < P \times D$ , há maior probabilidade de que o dano tenha advindo da conduta do agente do que de outra causa qualquer. Em outras palavras, é possível identificar-se um alto índice de probabilidade causal, para se imputar um prejuízo, em detrimento de um benefício.<sup>1054</sup>

Na relação travada entre médico e paciente já se encontra presente o fator de risco, consubstanciado pela enfermidade que apresenta. Seja por uma doença, seja por um acidente, o paciente encontra-se com sua saúde ou integridade física comprometida e, muitas vezes, sob o risco de agravamento. A intervenção médica terá o condão de militar no sentido de extirpar ou ao menos diminuir o risco. Mas a própria conduta traz consigo riscos que lhe são próprios, seja de reações químicas, efeitos colaterais, choques anafiláticos, infecções, sangramentos não esperados, etc. Também em termos algébricos pode-se dizer que o risco da intervenção médica (R) medido pela probabilidade de complicações (P) não pode superar o risco já presente na enfermidade (E). Se no caso concreto restar configurado que  $E < R \times P$ , presumida estará a conduta negligente do médico. É novamente a probabilidade dos riscos da conduta, em confronto com o risco já presente na enfermidade, que indicará a

<sup>1053</sup> MAKDISI. Proportional liability (1988), pp. 1067-1068.

<sup>1054</sup> Idem, p. 1070.

oportunidade da intervenção. Caso a conduta médica venha a incrementar o risco já existente, presente estará a responsabilidade civil do profissional.

De outro lado, não é necessário que as chances de êxito do tratamento médico (T), medidas pela probabilidade de cura (P), superem os riscos da própria enfermidade (E). Se não há riscos no tratamento ou esses são muito ínfimos, se comparados com as chances de cura, então aconselhado será o tratamento.

Como restou assentado em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português em certa ocasião:

“A medicina progrediu imenso, mas a variedade das doenças, a sua evolução, a particularidade, genética ou não, de cada doente e outros factores, determinam que se lide sempre em termos de probabilidade de ser alcançado o fim pretendido; nuns casos com mais probabilidade, noutros com menos, mas sempre probabilidade.”<sup>1055</sup>

A fim de estabelecer o grau de risco que a intervenção médica apresenta, é necessário que se tomem em conta as particularidades do paciente. Em medicina, é vastamente utilizado o chamado índice Charlson de comorbidades<sup>1056</sup> para avaliação do grau de risco existente no tratamento de determinados pacientes. Atribui-se peso de 1 a 6, sendo o grau 6 aquele de maior risco. Assim, encontra-se distribuído o grau de risco:

Peso	Comorbidade
1	Infarto do miocárdio Insuficiência cardíaca congestiva Doença vascular periférica Demência Doença isquêmica cerebral Doença pulmonar crônica Doença do tecido conjuntivo Leve diabetes sem complicações Úlceras Doenças crônicas do fígado ou cirrose
2	Hemiplegia Doença moderada do rim

<sup>1055</sup> 02-11-2006 - Revista n.º 2851/06 - 2.ª Secção - João Bernardo (Relator), Abílio de Vasconcelos e Duarte Soares.

<sup>1056</sup> Cf. IUCIF. Study of inequalities in hospital mortality using the Charlson comorbidity index (2004).

	Diabetes com complicações Tumores Leucemia Linfoma
3	Doença moderada ou severa do fígado
6	Tumor maligno, metastasis e Aids

Do mesmo modo, atribuem-se pontos à faixa etária em que se encontra o indivíduo:

Faixa etária	Pontos
0-49	0
50-59	1
60-69	2
70-79	3
80-89	4
90-99	5

É assim que, em estudo realizado com 222.684 pacientes operados para instalação de próteses de joelho, constatou-se a morte de 1176 (0.53%), 1586 casos de infecções (0.71%), e 914 de embolia pulmonar (0.41%), após 90 dias de alta médica. A média de idade dos pacientes era de sessenta e nove anos. Dos pacientes, 32% apresentavam índice de comorbidade de Charlson maior que zero. Os indicadores de complicações substanciais ( $p < 0.05$ ) incluem idade, gênero e raça/etnia, índice de comorbidades Charlson, tipo de plano de saúde e volume do hospital. Constatou-se que, ao aumentar o índice de comorbidade Charlson em um ponto, o índice de mortalidade aumenta em 170% e aos pacientes com idade inferior a 65 anos, o decréscimo da mortalidade é observado em 73%.<sup>1057</sup>

Importa ressaltar, como bem pondera LEVE, que fatores de risco não devem ser tomados como causas necessárias ou suficientes da enfermidade ou mesmo concausas da doença, mas tão somente aferidos dentro de uma apreciação estatística que procure detectar um incremento da probabilidade de doença.<sup>1058</sup>

<sup>1057</sup> SOOHOO, et. All. Factors Predicting Complication Rates Following Total Knee Replacement (2006).

<sup>1058</sup> LEVE. Nexa de causalidade e epidemiologia: impossibilidade de extrapolação dos dados epidemiológicos para o estabelecimento do nexa causal no caso concreto (2006), p. 174.

Também por ocasião da intervenção médica, devem ser considerados os fatores de risco de infecção hospitalar. Como exemplo: pacientes com a relação albumina/globulina menor do que  $\frac{1}{2}$  apresentam maior risco de desenvolver infecção e deiscência da ferida operatória,<sup>1059</sup> casos em que se aconselha que se faça a coleta e seja medido o referido índice previamente à cirurgia, se esta for de fato apenas uma opção.

A atuação do médico, em confronto com o risco já existente pela doença ou acidente, poderá ter o condão de 1) diminuir o risco; 2) aumentá-lo; 3) criar um novo risco ou 4) nada alterar da condição inicial. Não será a verificação do aumento do risco, no caso concreto, que terá o condão de imputar responsabilidade ao profissional. É, em verdade, em uma projeção retrospectiva póstuma que se deverá realizar o juízo de probabilidade, ou seja, o julgador deverá colocar-se no tempo e espaço em que a conduta do profissional se realizou e indagar se naquele momento, as projeções indicavam maior probabilidade de diminuição do risco. Poderá, também, o médico restar isento de responsabilidade, se o juízo de probabilidade revelar que, na época, era possível prever que a) um novo risco criado implicaria menores prejuízos do que o risco já existente; ou b) a maior probabilidade do procedimento em nada alterar a condição do paciente superava a probabilidade de incremento do risco, estando, nesse caso, presente também a possibilidade de diminuição do risco que deverá ser maior do que a do incremento.

Portanto, no que concerne à decisão tomada e não propriamente à avaliação do grau de perícia da conduta empregada, não é a existência do dano ou a prova da ineficiência da conduta que permitem a imputação de erro médico, mas a constatação de que o juízo de probabilidade da época impunha o conhecimento de que o procedimento escolhido apresentava maior probabilidade de incremento do risco, ou, de forma simplificada, maior probabilidade de piora das condições de saúde do paciente do que de melhora.

---

<sup>1059</sup> AMAR. Significado prognóstico da deiscência e infecção da ferida operatória no carcinoma epidermóide das vias aerodigestivas superiores (2003).

### 9.10 Oportunidade e utilidade do uso da imputação probabilística de responsabilidade

Ao uso da probabilidade, a fim de se firmarem presunções de culpa, haverá quem se oponha, invocando a complexidade do corpo humano, capaz de, em suas particularidades, reagir de forma inesperada. Nesse sentido, adverte GIOSTRI:

“Se um resultado final está na dependência da participação de cada célula de um organismo – que, conforme já se viu, é um sistema à parte; se está na dependência da reação do organismo como um todo (participação passiva); na dependência da participação mecânica e dinâmica do paciente (participação ativa); na dependência da reação química de seu organismo às drogas empregadas na sua terapia; na dependência da subjetividade e do momento psicológico do seu ser – como pode, este resultado, estar atido a algo predeterminado, esperado, calculado, previsto?”<sup>1060</sup>

Como já se pôde a oportunidade de demonstrar, o uso das inferências probabilísticas está mais disseminado no cotidiano dos julgamentos do que se imagina. Tanto o raciocínio dedutivo como aquele estrito a inferências, partem da compreensão dos dados silogísticos informados pela experiência comum. É na interação com o mundo real, com aquilo que se percebe ordinariamente ocorrer que se aprende a tomar conclusões e esperar que a mesma sequência causal se repita. Quando esta se demonstra variável, aprende-se a relacionar outros fatores e concausas e intuir graus de probabilidade.

Na medida em que o presente raciocínio se torna científico, ostensivo e transparente, passa-se a estruturar fórmulas que garantam aferir com maior precisão o resultado. É assim que, nos juízos de causalidade, se procede à indagação daquilo que era previsível ao pretendo causador do dano no momento da conduta, o que não pode ser feito senão por um juízo de probabilidade. A reprovabilidade da conduta emerge, ao se constatar que, podendo prever o resultado, agiu ainda assim de maneira desaconselhada, e não há outra forma de previsão senão por aquilo que provavelmente ocorreria.

---

<sup>1060</sup> GIOSTRI. Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação (2003), p. 217.



Diante disso, há não só um juízo comum na apreciação da culpa e do nexo de causalidade, como uma relação de inferência probabilística entre culpa e nexo causal. Não é apenas a culpa que pode ser presumida, como ocorre na construção da *res ipsa loquitur*, mas também o nexo de causalidade, quando certa a infração à *lex artis*. Já afirmavam MAZEAUD e MAZEAUD que haverá situação em que, comprovada a culpa, restará depreendida dessa a relação de causalidade ou, ainda, na existência de culpa, o nexo causal nem sequer será discutido.<sup>1061</sup> Em alguns casos, a verificação da culpa médica terá o condão de firmar a presunção da existência do nexo de causalidade, se constatado que *provavelmente* este decorra daquela.

Ainda que se defenda um juízo de causalidade totalmente desprendido daquele de reprovabilidade da conduta (culpabilidade), o que é desaconselhado pela atual doutrina dominante, não se poderá fugir à análise probabilística, pois só é possível afirmar que algo é causa do resultado, se pela experiência comum se compreende que, quando A está presente, normalmente deste decorre B.

A análise da probabilidade é, no ordenamento jurídico português, erigida a papel de protagonista da apreciação judicial do nexo de causalidade, segundo a letra do artigo 563º do Código Civil, que prevê: “a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado *provavelmente* não teria sofrido se não fosse a lesão”. O mesmo texto permite concluir que se o lesado *provavelmente* teria sofrido os mesmos danos, se não fosse a lesão, não haveria nexo causal. O juízo de probabilidade serve tanto para o estabelecimento do nexo de causalidade como para afastá-lo; é elemento necessário da apreciação judicial. A análise da probabilidade, no ordenamento jurídico português, não é apenas um instrumento para a formação da presunção, mas verdadeiro requisito de validade da decisão judicial.

É inegável que o juízo de probabilidade é eivado de incertezas. Mas também é impossível negar que todo juízo de apreciação do nexo de causalidade esteja afeto às incertezas. A verificação daquilo que é incerto quanto ao grau de dano informa o tratamento da incerteza quanto à causa. As dúvidas existentes quanto ao nexo causal trazem à tona as questões sobre quanto de dano uma conduta, de fato, causou. Dessa

---

<sup>1061</sup> Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle (1932), pp. 354.

forma, se não há resistência no judiciário em se calcular o grau de dano, quando esse também é incerto e não pode ser precisamente medido (como ocorre no dano moral), também deve estar o tribunal preparado para calcular as expectativas e as probabilidades de ter um ato causado um dano, quando aquelas forem incertas.<sup>1062</sup>

Há eventos necessários que não podem ocorrer de outro modo, nem possuem a potência de não ocorrerem ou não possuírem as propriedades que possuem. Nesses casos o juízo de probabilidade é preciso, ou em termos numéricos, de 100%. Ao lado destes surgem os eventos que podem ser diferentes do que são, mas que, na maior parte das vezes, seguem uma regularidade fenomênica. Isso ocorrerá porque uma causa concomitante impede que a causa dominante chegue a produzir seu efeito normal, o que poderá levar à conclusão de que, realizadas as contraposições de eventos paralelos, seja possível chegar a novas regras a serem definidas a eventos necessários da conjugação de dois fatores paralelos.

Adverte ALONSO MUÑOZ que tal raciocínio, ainda que possível e salutar, não poderá levar à conclusão de que será sempre possível reduzir todo evento a uma causa necessária, visto que há eventos objetivamente imprevisíveis e que as ações humanas, embora explicáveis e causa de diversos eventos, não são necessariamente causadas.<sup>1063</sup> Tal admissão não implica prejuízo à fórmula proposta, visto que a doutrina processual moderna não compreende mais, utopicamente, a verdade real como elemento necessário à justiça da decisão e ao cumprimento de seu papel de pacificação social, mas conforma-se àquela que é encontrada pelo processo. A verdade real continua sendo o alvo, o *fim* perseguido, mas à decisão justa, basta a adequada execução do *meio* (devido processo legal) no diligente encalço da verdade. A técnica processual se esmera, a fim de definir uma verdade judicial, suficiente ao cumprimento de seu mister.<sup>1064</sup>

<sup>1062</sup> Nesse sentido, MAKDISI. Proportional liability (1988), p. 1100.

<sup>1063</sup> Cf. ALONSO MUÑOZ. Liberdade e Causalidade (2002), pp. 379-381.

<sup>1064</sup> Como preleciona Carnelutti: “Quando a busca da verdade material está limitada de tal maneira que *esta não possa ser conhecida em todo caso e com qualquer meio*, o resultado, seja mais ou menos rigoroso o limite, é sempre o de *que já não se trata de uma busca da verdade material, senão de um processo de determinação formal dos fatos*. De fato, sempre é possível que em determinados casos o limite atue no sentido de impedir o conhecimento da verdade material e de substituir esta com uma verdade jurídica ou judicial.” (A prova civil, [2005], p. 52).

O caráter de justiça da decisão estará no fato de que a busca da verdade foi o móvel inspirador do processo (ainda que sujeita à mera representação) e na forma como o processo foi conduzido, conferindo as devidas garantias do contraditório, de produção de provas. O justo está na racionalidade com que o processo é construído, a fim de culminar em sua conclusão que não é outra senão a decisão judicial.<sup>1065</sup> Autor e réu deverão apresentar suas respectivas versões e afirmar sua correspondência com a realidade, a qual será verificada pelo magistrado, e não propriamente descoberta.<sup>1066</sup>

Assim, preciso é STEIN ao afirmar: “Desconhece os limites do conhecimento humano quem pretende ter, sobre o convencimento da verdade de uma proposição qualquer, uma certeza que seja algo superior a mais alta probabilidade”<sup>1067</sup> Também CASTRO MENDES abandona o uso do termo *certeza* e prefere falar em *convicção*, ante a limitação do homem aos meros juízos de probabilidade ou verossimilhança, quando da tentativa da investigação da realidade: “ao Homem não é permitida a consciência da verdade absoluta e indubitável – certeza – mas a consciência de um elevado grau de probabilidade e consciência a que chamaremos de convicção”.<sup>1068</sup> O Direito como disciplina prática, interessa-se não pela realidade ontológica considerada em si mesma, mas pela realidade enquanto prática e socialmente cognoscível. Arremata CASTRO MENDES que “como conceito de verdade basta-lhe o conceito probabilístico e *quantitativizante* (perdoe-se o neologismo) que dá Sauer: a maior concordância possível de uma proposição (de um juízo) com o seu objecto.”<sup>1069</sup>

Afirma TARUFFO que a probabilidade não é apenas uma espécie de “cognição inferior” a respeito da verdade, mas é possível entendê-la como “sinônimo da verdade” que é possível ser estabelecida no contexto processual. Pode-se, portanto,

---

<sup>1065</sup> Cfr. GASTAL. A suficiência do juízo de verossimilhança para a decisão das questões fácticas (2006), p. 135. Segundo o GASTAL, “A proteção, que a lei outorga às pessoas eventualmente afetadas pelas consequências de uma atividade potencialmente perigosa, frustrar-se-á em um sem número de casos, se o próprio lesado tiver de produzir uma prova cabal de que o dano sofrido foi decorrência da atividade perigosa, ou seja, uma prova cabal do nexo de causalidade entre o perigo e o dano. Quer dizer, para atender-se à finalidade do direito material, haver-se-á de atenuar o rigor do módulo legal da prova de maneira a entender que, se houver dúvida sobre essa causalidade, o convencimento do juiz poderá estribar-se na circunstância de que é preponderantemente verossímil a existência da causalidade afirmada.” (Idem, pp. 146-147).

<sup>1066</sup> MENDES. Do conceito de prova em processo civil (1961), p. 370.

<sup>1067</sup> Em conocimiento privado del juez (1988), p. 36.

<sup>1068</sup> Op. cit, pp. 324-325.

<sup>1069</sup> Idem, p.374.

falar em “verdade provável” sem qualquer contradição, a fim de indicar a verdade “relativa” que é a única que se pode alcançar no âmbito processual e em muitas outras áreas do conhecimento.<sup>1070</sup> A função da prova consiste em fornecer ao juiz os dados cognoscitivos necessários para estabelecer qual dos enunciados pode ser tomado como verdade.<sup>1071</sup>

O uso das presunções a fim de estabelecer as regras de distribuição do ônus da prova apresenta-se como instrumento de aproximação da verdade, conferindo à decisão judicial maior *probabilidade* de acerto. Em meio às dificuldades inerentes à responsabilidade médica, inserida no universo da diversidade do corpo humano e do difícil acesso à prova técnica segura, a presunção do erro médico impulsiona o médico à produção de prova, apta a refutar a ilação promovida pela percepção da probabilidade.<sup>1072</sup> Díez-PICAZO, reconhecendo as dificuldades existentes no campo da responsabilidade civil quanto à formação do arcabouço probatório do nexo causal, indica a crescente consideração de provas indiciárias, que permitam ao juiz o simples convencimento de que há maior probabilidade de que exista a causalidade pretendida pelo demandante perante a tese contrária. Diante dos enlaces dos conhecimentos técnico-científicos especialmente complexos, a regra do ônus da prova se poderá

---

<sup>1070</sup> TARUFFO. Verità e probabilità nella prova dei fatti (2007), p. 218. Em outro trabalho, assevera o professor italiano que a análise probabilística se dá de maneira consciente e implica o referimento à específica teoria da probabilidade e ao problema de sua aplicação no contexto do processo. Nesse sentido, se distingue a probabilidade estatística ou quantitativa, ou pascaliana da probabilidade lógica ou baconiana e se discute se são aplicáveis à prova processual sistema de cálculo como o teorema de Bayes. TARUFFO adverte que é necessário ter em mente que o conceito de probabilidade é complexo e não unívoco e representa um instrumento de análise que deve ser manejado com extrema cautela, se se pretende fazer dele uma fonte de esclarecimento ao invés de confusão (TARUFFO. La prova scientifica nel processo civile [2005], p. 1082).

<sup>1071</sup> Idem, p. 220. Conclui TARUFFO que: “Non vi è dunque una distinzione concettuale tra verità e probabilità: La verità ‘relativa’ si esprime in termini di probabilità logica, nel senso che si considera ‘vero’ l’enunciato di fatto che in base alle prove reggiunge un grado adeguato di conferma logica”. Em tradução livre: “Não há, assim, uma distinção conceitual entre verdade e probabilidade: a verdade ‘relativa’ se exprime em termos de probabilidade lógica, no senso que se considera ‘verdadeiro’ o enunciado de fato que com base na prova atinge um grau adequado de confirmação lógica”.

<sup>1072</sup> Observe-se a exemplo disso, julgado do Supremo Tribunal de Justiça português, em que restou afastada a presunção de negligência. Na realização de cirurgias para a remoção do “joanete” do pé direito da paciente, as condições pós-cirúrgicas se apresentaram ainda piores do que as existentes anteriormente, o que fez presumir a existência de negligência da execução profissional. Contudo, o médico trouxe aos autos elementos suficientes para afastar a presunção, comprovando ter recorrido às técnicas e meios médicos normais e adequados às concretas enfermidades de que padecia a autora (técnica de “Keller”). Conclui então o tribunal que “o réu ilidiu, pois, a presunção de culpa de erro técnico da sua parte (art.º 799.º, n.º 1, do CC), pelo que não pode proceder o pedido indemnizatório contra si formulado baseado em actuação médica deficiente e culposa.” (18-05-2006 - Revista n.º 1279/06 - 7.ª Secção - Ferreira de Sousa [Relator], Armindo Luís e Pires da Rosa).

modificar no sentido de impor-se a quem dispõe das informações necessárias ou a quem tem mais fácil acesso a estas. Ressalta, todavia, o cuidado pela não generalização daquilo que entende ser uma exceção à segurança do sistema processual.<sup>1073</sup>

Acreditamos que a própria assunção explícita do judiciário da formação de presunções, pelo uso da probabilidade, levará a um aprimoramento de tais juízos e a uma consequente maior precisão do método. Se são os juízos da experiência comum que informam os elementos necessários para o estabelecimento das presunções, também será a prática judicial cotidiana que terá o condão de sistematizar aquilo que é indutivo, de estruturar as fórmulas de ilação, de conferir os elementos estatísticos necessários e de demonstrar, na repetição, aquilo que ordinariamente decorre de determinados fatores. Além disso, ao assumir a responsabilidade probabilística na esfera de uma presunção *juris tantum*, restará aos médicos provocados trazer aos autos processuais as provas necessárias, a fim de ilidir a presunção, proporcionando uma aproximação da verdade e permitindo ao judiciário, ante todas as dificuldades enfrentadas no campo da produção da prova técnica, a aquisição de novos conhecimentos que servirão de base para a estruturação de futuras presunções e, paulatinamente, se tornarão também parte da experiência comum.

---

<sup>1073</sup> DÍEZ-PICAZO. Derecho de daños (1999), p. 238.

## CONCLUSÃO

Percebe-se, atualmente, a perigosa e progressiva construção de uma medicina defensiva, que tem servido ao aprimoramento de técnicas de defesa de classe e ao resguardo de futuras ações judiciais, em detrimento do propósito maior da busca incessante pela cura e consequente aprimoramento das ciências médicas. A tal fenômeno, é possível atribuírem-se as seguintes causas: a) a transformação da imagem social do profissional médico, da figura sacerdotal para a de um prestador de serviços; b) as exigências judiciais de estrita obediência aos caminhos até então construídos pela medicina (*lex artis*); c) um corporativismo estruturado na rejeição daqueles que conferem pareceres contrários aos seus pares no exercício da perícia; d) o vertiginoso aumento de demandas reparatórias ajuizadas contra médicos.

O direito deve assumir, em sua função sistêmica, o papel de promoção de condutas socialmente adequadas, compreendidas como aquelas que atendam aos valores protegidos e promovam o progresso. Nesse viés, importa que o profissional médico possa ousar e laborar dentro de uma margem de risco aceitável, na busca de novas alternativas, quando os métodos tradicionalmente indicados se mostrarem insatisfatórios. O sistema de responsabilidade civil não serve apenas à reparação do prejuízo, mas vetoriza condutas, confere os necessários estímulos e desestímulos para a adequação social da atuação profissional. Nesse diapasão, afirma valores, constrói novos paradigmas e fortalece convicções. É assim que a proteção da vida se sobrepõe ao material. A ambição social que brota do instinto de sobrevivência supera a reparação material daquilo que, em verdade, é irreparável. A visão macro de aprimoramento da técnica, fim maior da medicina, não pode ser sufocada por uma perspectiva imediatista de reparação de danos.

O juízo de reprovabilidade da conduta, elemento necessário para a imputação da culpa, deve considerar o drama formado pela investigação do processo de cura, nem sempre tão simples, temperado pelo direito de autodeterminação do paciente e necessária ousadia do médico na busca de métodos alternativos, com consequentes e esperados insucessos dos procedimentos adotados. Importa que se tenha em mente que a reprovação incondicional do afastamento dos métodos tradicionalmente

consagrados representa verdadeira repressão ao avanço da medicina. Somem-se a tudo isso as particularidades apresentadas por cada organismo as quais impedem uma perfeita previsão da reação ao tratamento proposto.

Nesse processo, indispensável é a formação de um padrão de exigência objetivado que servirá como ponto de partida. É sobre esse referencial que se firmarão as bases da imputação, visto não ser razoável, a priori, demandar conduta além daquela esperada de um profissional padrão. Indaga-se, nas variantes do caso concreto, se era exigida ao bom profissional, reconhecido no universo do objeto obrigacional, conduta diversa daquela efetivamente praticada. Não se trata de aplicação de critérios subjetivos das experiências do próprio julgador, a fim de formar o padrão médio de conduta, visto que este se depreende, prévia e objetivamente, dos preceitos da *lex artis*.

Passo outro será a verificação, também sobre os mesmos parâmetros, da previsibilidade dos efeitos da conduta e capacidade/oportunidade de serem evitados. A exigência comum será aquela prevista para o homem médio, mas facultada estará a prova de que o médico, em concreto, detinha conhecimentos que o capacitavam a prever circunstâncias não previsíveis ao profissional mediano.

A técnica padrão refere-se à escola em que se enquadra o profissional médico. Nesse contexto é que se avaliará sua adequação e atualidade. A localidade em que se encontra o profissional médico e o difícil acesso à atualização também deverão ser tomados em conta, na análise da reprovabilidade da conduta.

Caso o médico não seja habilitado para o procedimento, deverá promover o encaminhamento a profissional indicado, salvo se a urgência do procedimento assim não o permitir, quando, então, os parâmetros de perícia exigidos serão aqueles conforme sua própria formação. Se, ao contrário, podendo realizar o encaminhamento, não o faz, será exigido do médico o mesmo padrão de perícia compatível àquele do profissional habilitado.

A responsabilidade médica tem natureza essencialmente contratual, mas a correção de seu atuar será medida pela apreciação da adequação de sua conduta. Há um dever de resultado no prestar e uma obrigação de meio quanto ao conteúdo da

prestação. A omissão do dever contratado faz presumir a culpa, facultada a prova em contrário, mas, tendo atuado, só haverá responsabilidade, se verificada a existência de culpa.

Ao médico somente é exigido agir nos limites e nas exatas atribuições que seu papel social lhe confere. Tal assertiva corrobora sua natureza de obrigação de meio, assim como dá ensejo a excludentes da ilicitude ou mesmo lhe confere prerrogativas de transformar o que para um leigo seria um ato ilícito, em mero exercício de seu mister. Os limites do injusto são traçados pelo juízo de imputação objetivada, que indica aquilo que é socialmente reprovado e aquilo que é considerado adequado.

A omissão de conduta, quando exigida a atuação, é condição negativa do resultado, pois, se somada à cadeia causal, teria anulado o resultado, ou ao menos transformado sua essência ou o grau de intensidade do dano. O médico não é o causador do resultado, visto que o risco já existia, por força da doença ou acidente, mas se torna responsável pelo resultado, na medida em que estava obrigado a agir, seja por força de contratação expressa ou tácita (nos casos de emergência).

Tratando-se de serviços realizados dentro de estabelecimentos hospitalares, as regras e premissas aqui estabelecidas em nada se alteram. Necessária será a prova no nexo de imputação, da ponderação dos riscos e da existência de culpa. Estabelecidos tais pressupostos com relação à conduta do médico, o hospital em que exerce sua atividade, em relação de preposição, será responsável objetivamente, sem necessidade da prova da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Indispensável, todavia, é a prova da culpa do preposto (médico). Não há, portanto, obrigação pelo resultado (responsabilidade objetiva sobre a conduta), mas desnecessidade de prova da culpa do estabelecimento, na formação da relação de preposição.

Também o médico responderá pelos atos culposos de seus prepostos, sem necessidade da prova da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, mas, do mesmo modo, faz-se mister a demonstração da culpa do preposto. Permitido estará ao médico, de outro lado, isentar-se da responsabilidade mediante prova de que a ação fora desassociada do campo obrigacional do dever de supervisão.



No que concerne à responsabilidade alternativa ou disjuntiva, será solidária tão somente quando comprovada a culpa de todos os membros da equipe e a existência de um dano decorrente da intervenção médica, ainda que impossível precisar o causador. Todavia, verificado o nexo de causalidade com o procedimento, mas sendo impossível individualizar condutas e se imputar responsabilidade a determinado indivíduo, a presunção de culpa do chefe de equipe se apresenta como melhor solução, nos termos da construção da teoria da *res ipsa loquitur*, que exige o requisito de controle sobre os instrumentos da atividade. De outro lado, facultada estará a prova da culpa de determinado subordinado, o que poderá, eventualmente, excluir sua responsabilidade ou ao menos partilhá-la, a depender do controle que detinha e daquilo que poderia ser previsto. Tratando-se de presunção, bastará a apresentação de indícios aptos a afastá-la ou fazer recair sobre outro presunção maior (*Praesumptio una tollitur altera et potior debiliorem* – uma presunção suprime a outra; e a mais forte, à mais débil). Ainda, se não houver vínculo de subordinação entre os profissionais integrantes do grupo de atuação, a mesma solução não se sustenta e melhor recurso será o da responsabilidade probabilística, de forma a aproximar-se ao máximo da imputação correta, permitindo-se, do mesmo modo, a apresentação de indícios que afastem a presunção.

Os danos derivados ou secundários devem também ser imputados ao médico que coloca o paciente em situação de risco por conduta culposa, resguardando-se, na fixação do montante indenizatório, a vedação do *bis in idem* e do progresso infinito das causas (na mesma proporção em que se rechaça o regresso infinito). Também será corresponsável um primeiro interventor pelos danos causados por procedimento médico posterior, realizado por outro profissional, diante da necessidade de intervenção em razão da situação de risco criada, na proporção do potencial de dano da conduta (adequação), ressalvados os casos fortuitos e as consequências imprevisíveis, em especial os erros médicos grosseiros praticados pelo segundo interventor.

A mesma solução se retira da perspectiva do escopo de proteção da norma, adotada pela teoria da verificação concreta do fundamento da norma violada, que exige a verificação se o dano foi produzido por violação dos comportamentos que a lei

pretende tutelar. A imputação do resultado, sem essa perspectiva, aproxima-se do modelo da responsabilidade objetiva, que garante a indenização em face da mera existência de dano. É necessário que o resultado possa ser previsto, para que se possa vislumbrar a existência de culpa e nisso, o pressuposto maior do escopo de proteção da norma na tutela do resguardo do exercício da medicina, em cumprimento da função social que lhe é atribuída. Imputar o resultado à culpa inicial é retirar desta o necessário juízo de previsibilidade, o qual não alcança o resultado agravado.

As condições particulares do paciente, que fujam do padrão do homem médio, terão o condão de excluir ou diminuir a responsabilidade, quando o médico delas não tiver ciência e não lhes forem exigidas providências para investigação e conhecimento daquelas; seguir-se-á o padrão da normalidade das condições e consequências. Cumprido o dever de anamnese, exigido ao caso concreto, e, tendo agido de acordo com a *lex artis*, não lhe será imputado resultado decorrente de intercorrências que transcendam à normalidade e as quais o profissional diligente, e na esfera mediana de competência, era incapaz de conhecer e prever.

A exigência de prestação de informações sobre os riscos existentes no procedimento médico emana da proteção à integridade física do paciente. O consentimento é expressão da liberdade de escolhas. O consentimento informado apresenta-se como prerrogativa de autodeterminação, de assunção de riscos e pacificação de direitos e garantias que se chocam. O dever de informar pertence a ambos os polos da relação: ao médico, quanto aos riscos e alternativas de tratamento, e ao paciente, quanto às suas condições e hábitos particulares.

A infração do dever de informar poderá configurar, por si só, negligência, como violação do direito de autodeterminação do paciente. Para tanto, importa que se investiguem as reais probabilidades de dano, bem como a probabilidade de o paciente ter rejeitado o tratamento, caso houvesse sido informado. É a aferição de tais probabilidades e a mensuração do dano sofrido (seja como decorrência do procedimento, seja pela simples violação da autodeterminação) que informará o juiz sobre o juízo de imputação e montante indenizatório.

Ao médico caberá ponderar os efeitos da informação, pois, quando se apresentar potencial de agravamento das condições do paciente ou possível prejuízo

para o tratamento, será facultado ao profissional omiti-la, confidenciando apenas a seus parentes, quando isso não representar violação do direito de privacidade do paciente.

O consentimento informado legitima o médico a se desviar do procedimento ortodoxo e assumir novos riscos por um processo experimental investigativo, quando o estado da técnica não apresente alternativas para a cura. Se o risco assumido não for maior do que aquele já presente na própria enfermidade, não haverá incremento do risco e o ato será lícito. Se, contudo, o risco assumido for maior do que o presente no mal a que se encontra acometido o paciente, deverão ser sopesados os elementos de reprovabilidade da conduta para fins de imputação da responsabilidade e nos termos do consentimento informado.

A luta pela vida é marcada pela assunção de riscos no intuito de extirpar outros riscos já existentes. É nesse contexto que o paciente se apresenta ao médico, já exposto ao risco de uma doença ou acidente que impuseram mudanças não desejadas no funcionamento da máquina humana. Deve ser feita a necessária ponderação entre os riscos inerentes à doença ou acidente e aqueles existentes na conduta médica, balizada pelo consentimento informado do paciente, quando possível sua coleta.

A compreensão de que a atividade de *risco* da medicina se exerce em terreno em que o *risco* já é existente, e de que é impossível se garantir o resultado, corrobora a tipificação como obrigação de meio e a mensuração da culpa aos moldes da responsabilidade aquiliana. Por outro lado, é também por tal ótica que se percebe que nas cirurgias plásticas estéticas, a inexistência de um *risco* inicial a ser combatido, faz da intervenção médica o próprio *fator de incremento do risco*. Daí justificar-se seu peculiar tratamento na modalidade da responsabilidade objetiva, em que assume o profissional os riscos de sua atividade, de modo a garantir o resultado.

Do médico não se exige o recurso a meios alternativos. Ao manter-se adstrito ao estado da técnica estará a atuar dentro dos parâmetros do risco permitido. Todavia, a fim de se promover o progresso da medicina e o autêntico cumprimento do papel social reservado ao sacerdócio médico, o sistema de imputação deve proporcionar o necessário estímulo ao incremento do risco, quando amparado pelo consentimento informado, como última alternativa, quando os meios

tradicionalmente empregados não se mostrarem aptos a atingir o resultado almejado. A ponderação entre o risco de dano já inerente à moléstia, o risco de cura por meio de métodos tradicionais e o risco assumido por meio de condutas alternativas, é que irá trazer às luzes o caráter de licitude ou ilicitude do ato.

É nesse mesmo diapasão que o problema da causalidade hipotética deve ser enfrentado, quando presente na imputação de erro médico. Na atividade médica, a causa virtual se apresenta, na maior parte das vezes, como a própria enfermidade. O paciente já se encontra **sob** riscos inerentes às consequências da doença ou do acidente e a conduta médica tem a finalidade de aumentar ou diminuir tal risco. Conferir relevância negativa à causa virtual representará a impossibilidade de ver o paciente indenizado. Mal maior, todavia, será o estímulo à medicina defensiva e o cercear da tomada de riscos que possam efetivamente levar à cura, quando os métodos ortodoxos nada têm a oferecer. A relevância da causa virtual deve ser confrontada na ótica da ponderação dos riscos e do consentimento informado.

Ressalve-se ainda, que, mesmo que haja infração aos limites do consentimento informado ou incremento do risco desproporcional, a causa virtual deverá ser tomada em consideração, agora não mais como excludente da imputação, mas para minoração do *quantum debeat* (*Differenztheorie*).

É a relação entre o incremento ou diminuição do risco, a gravidade do dano, o grau de culpa (medido por meio da prognose retrospectiva) e os poderes conferidos ao médico pelo paciente, em seu direito de autodeterminação diante da correta informação (na exata proporção do risco que se conhece), que deverão instruir o magistrado na decisão de excluir a responsabilidade, reduzir o montante indenizatório ou condenar ao dever de indenizar, na exata proporção do dano.

A ponderação dos riscos se apresenta como o caminho de mensuração da adequação da conduta. A expectativa é de que a intervenção médica, na assunção de novos riscos, venha a diminuir o risco geral de agravamento das condições de saúde do paciente. Em termos algébricos, o que se espera é que o risco da intervenção médica (R) medido pela probabilidade de complicações (P) não supere o risco já presente na enfermidade (E). Desse modo, é possível inferir-se a negligência, quando o médico, podendo prever que  $E < R \times P$ , ainda assim opta por agir. A oportunidade da

intervenção será medida pela maior probabilidade de que haja diminuição do que incremento do risco.

Não basta, entretanto, que tal análise se perfaça por um juízo *a posteriori* que avalie o acerto da decisão médica. É preciso que se realize a necessária projeção retrospectiva póstuma, por meio de um juízo de probabilidades, ou seja, o julgador deverá colocar-se no tempo e espaço em que a conduta do profissional se realizou, e indagar se, naquele momento, as projeções indicavam maior probabilidade de diminuição do risco ou de incremento. O médico estará isento de responsabilidade, quando se verificar que: a) o profissional mediano, dentro do estado da técnica à época, não poderia prever o incremento do risco; b) as previsões indicavam que um novo risco criado implicaria menores prejuízos do que o risco já existente; e, c) podendo prever o incremento do risco, mas sem que outra opção esteja disponível, conta com o consentimento do paciente que assume o risco do insucesso, após devida informação.

A ponderação dos riscos serve não só ao juízo de imputação da responsabilidade, mas também para o reequilíbrio das regras ortodoxas de distribuição do ônus da prova, facultando a formação de inferências, quando da constatação do incremento do risco.

Na distribuição do ônus da prova, importa que, em respeito à segurança do sistema, as partes conheçam previamente as exigências que lhes são feitas no processo e que a fixação das presunções se realize no âmbito probabilístico, de forma a se afastarem recursos generalistas de imposição do ônus àquele que o magistrado, por decisão própria, afirme ter melhores condições de realizar a prova. As regras de distribuição do ônus da prova devem fomentar o progresso da medicina (e não a medicina defensiva), com a necessária assunção de riscos socialmente desejados, e a busca do conhecimento da verdade dos fatos, na consciência das limitações inerentes ao processo epistemológico e das aproximações, permitidas pelo juízo probabilístico.

A prova pericial, a despeito de sua utilidade ao fim de informar o juiz sobre o referencial técnico necessário para a ponderação dos riscos, do nexo de causalidade e da culpabilidade, deve ser compreendida em suas naturais deficiências: 1) está sujeita ao erro de apreciação do perito; 2) pauta-se por dados científicos que devem ser

tomados em sua relativa capacidade de explicar os fenômenos; 3) carece de mecanismos que assegurem a competência do perito para opinar no caso concreto; 4) é afetada pela chamada conspiração do silêncio, maculando sua atuação pelos inerentes interesses classistas afetos ao perito; e 5) é eivada de conclusões falhas, demonstradas no confronto com dados estatísticos.

Ao perito não é dada a faculdade de fazer ilações, mas deve tão somente trazer aos autos dados científicos e apreciação sobre a técnica empregada, a indicar alternativas e os respectivos riscos, sempre ao amparo de literatura especializada. O magistrado não poderá sucumbir à cômoda “homologação” do laudo pericial, mas, no exercício da jurisdição, deverá ponderar os riscos, avaliar o nexo de causalidade, valorar a culpabilidade e exercer, ao final, o juízo de imputação, pautando-se pelos elementos trazidos aos autos e realizando os devidos juízos de dedução e inferência que são próprios ao raciocínio silogístico.

A inferência que surge da constatação de que os danos observados não ocorrem, normalmente, senão quando presente um erro médico, se depreende dos juízos da experiência, ou dos elementos conferidos pela prova pericial, que, nesse caso, não precisará ser conclusiva quanto ao erro médico; basta que indique que o tipo de lesão é incomum e ordinariamente não ocorre sem negligência.

A doutrina da *res ipsa loquitur*, do direito anglo-saxão, apresenta um sistema estruturado de construção de presunções, de ponderação das evidências e de distribuição do ônus da prova, cujos fundamentos merecem ser considerados. Não se trata de mera inversão do ônus da prova, visto que ao autor não é dispensada a prova dos indícios que geram a presunção, nem a prova do controle do profissional sobre os meios da atividade, de forma a se poder inferir que o dano é do *tipo* que *normalmente* não ocorre senão na presença de erro médico.

A presunção se constrói de uma prova indireta, afirma a existência de um fato da constatação da existência de outro. Percebe-se que as máximas da experiência servem como instrumento do raciocínio silogístico para a formação das presunções. Realizada a prova de determinado fato, chega-se à formação do indício, o qual se apresenta como premissa menor, enquanto as máximas da experiência estruturam a

premissa maior, de forma a se inferir, por meio de um juízo lógico dedutivo, a maior probabilidade de que o dano tenha decorrido de um erro médico.

As máximas da experiência devem ser aplicadas no momento de fixação dos pontos controvertidos pelo juiz, como regra procedimental e não de julgamento, de modo a informar previamente as partes do ônus que lhes incumbe, a permitir a realização de prova que afaste a ilação, seja dos fatos, seja dos próprios fundamentos conferidos pelo raciocínio lógico do magistrado construtivo da inferência. Cabe ao juiz aferir a força da presunção retirada das máximas da experiência, por meio de uma ponderação dos juízos de frequência e probabilidade, em confronto com o demais conjunto probatório. É a devida fundamentação de tal construção que revestirá a ilação da validade necessária que a distingue de um processo de mera arbitrariedade judicial.

É pressuposto de aplicação dos juízos da experiência a verossimilhança das alegações, que se depreende de uma narrativa harmônica, que corresponda à representação de uma realidade fenomênica típica, em que se esperam determinados consequentes de certos antecedentes, e que se conforma às possibilidades e circunstâncias do caso concreto, de modo a se poder afirmar: há maior probabilidade de a versão conferida ser verdadeira do que o contrário.

A verdade processual apresenta-se tão somente como uma representação da verdade real que, apesar de inapreensível, deverá ser perseguida como forma de validação do processo. Os juízos de inferência ganham validade, na consciência da limitação humana sobre o processo epistemológico e na persecução da maior aproximação possível da verdade, por meio da análise probabilística.

A presunção judicial, uma vez formada, poderá ser ilidida mediante contraprova que desconstrua algum dos fundamentos do silogismo, de forma a demonstrar que é mais provável que a afirmação base não corresponda à realidade (premissa de partida) ou que a consequência da premissa base não seja verdadeira, visto que são outros os consequentes esperados de determinados antecedentes.

Ao juiz não é dada a prerrogativa de não decidir (*non liquet*). Nesse viés, se o magistrado dispõe de elementos de convencimento, que indicam ser mais provável ser

verdadeira determinada afirmação do que o contrário, será irracional a decisão que não se postar pela veracidade.

Em verdade, toda proposta de averiguação do nexo de causalidade passa por uma verificação probabilística, ainda que não assumida. Os juízos de inferência percorrem naturalmente o caminho do raciocínio lógico dedutivo e são necessários ao processo de representação da verdade processual. Desse modo, em prestígio à transparência e segurança jurídica, a presunção formada pelo uso da probabilidade deve ser construída de forma clara e tempestiva, a ponto de se permitir a contraprova que possa refutar a inferência estabelecida, e dar ensejo a uma decisão “provavelmente” mais acertada.

É também pela análise probabilística que se procura aproximar-se de uma decisão mais acertada, quando presente o problema da perda de uma chance. Jamais haverá, em tais circunstâncias, uma decisão segura e isenta de erros. De um lado, poderá o paciente restar privado de uma indenização devida e, de outro, o médico poderá vir a ser condenado a indenizar prejuízos que, em realidade, teriam ocorrido de todo modo, ainda que diversa tivesse sido sua conduta. É o potencial, medido probabilisticamente, da conduta médica omitida alterar o resultado, que servirá de base para a decisão judicial.

O processo de imputação da responsabilidade por erro de diagnóstico, do mesmo modo, se servirá dos juízos de probabilidade, tanto para a investigação da perda de chances de cura, por não ter sido realizado em tempo oportuno, como para inferir o próprio erro de diagnóstico. O parâmetro de diligência e habilidade, exigido de um profissional no desempenho de suas atribuições, se depreende de um juízo probabilístico, a ser aferido na seguinte indagação: um profissional, dentro dos parâmetros médios a ele exigíveis de conhecimento e diligência, teria *provavelmente* diagnosticado a doença? Nesse viés, presume-se a negligência médica, quando deixa de solicitar determinados exames, considerados necessários ao diagnóstico de determinada moléstia, e assim indicados, quando presentes certos sintomas. Caberá ao médico comprovar que a solicitação era irrelevante, seja porque nenhum tratamento poderia com maior êxito ter sido antecipado, seja porque não aumentariam as chances de realização acertada do diagnóstico, no caso concreto.



Muitas vezes, será impossível precisar o nexo de causalidade, o que, entretanto, não poderá servir de obstáculo intransponível para a imputação da responsabilidade. Verificado o dano, servirá a ponderação dos riscos, aumentados ou diminuídos pela conduta médica, como elemento de inferência, cujo potencial para fins de imputação será medido por um juízo probabilístico de causas e consequências. Haverá sempre o risco de erro da decisão judicial, que poderá deixar a possível vítima sem reparação ou fazer do médico *vítima* de uma imputação injusta. São as inferências probabilísticas que permitirão a maior aproximação de uma decisão acertada.

Para que se proceda à afirmação do nexo causal pela inferência probabilística, é necessário que se verifiquem os seguintes elementos: 1) a existência de um dano; 2) a existência de um erro médico; 3) a impossibilidade de se aferir o nexo causal conectando o erro médico ao dano; 4) a possibilidade de ter derivado o dano de outras causas; e 5) a maior probabilidade de o dano ter derivado do erro médico do que de outra causa.

Ainda que se conclua pela maior probabilidade de a conduta médica ter sido causa do resultado, outros fatores poderão apresentar-se como concausas. Nesse caso, a contribuição das demais causas será sopesada para fins de fixação do *quantum debeatur*, ponderado pelo grau de culpa e não mais pelo grau de participação.

Ao final, como roteiro genérico para a formação do juízo de imputação, sugerimos a investigação dos seguintes aspectos: 1) adequação dos meios empregados pelo médico para obtenção do resultado almejado; 2) ponderação dos riscos já existentes diante dos que eram de previsível acréscimo; 3) cumprimento do dever de informar e riscos consentidos; 4) medida da diligência empregada na prática do procedimento escolhido; 5) grau de adequação do resultado àquilo que *normalmente* ocorre, quando bem executado o procedimento em concreto; 6) controle que tinha o profissional sobre os meios empregados; 7) concausas que colaboraram para o resultado; 8) comportamento do paciente, nos deveres de informar e de seguir o procedimento médico aconselhado.

Sobre todo processo investigativo, destaca-se o uso expresso e fundamentado dos juízos de inferência probabilística, a fim de, na busca incessante pela verdade, raramente apreensível em sua essência, obter a maior aproximação possível da

compreensão do nexo de causalidade e da mensuração da culpabilidade. Espera-se que, na ponderação dos riscos, se promova a função do Direito de vetorizar condutas e alinhá-las ao propósito de adequação social e estímulo ao progresso das ciências médicas.

## BIBLIOGRAFIA

ABRAHAM, Kenneth S. Medical Malpractice reform: A preliminary Analysis. In: 36 Maryland Law Review 489 (1976-1977).

ADAMSON II, O. C. Medical Malpractice: Misuse of res ipsa loquitur. 46 Minnesota Law Review. 1043 (1961-1962).

AGUIAR JR, Ruy Rosado. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo (coord). Direito e Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ALBUQUERQUE, Mamede de; SEIÇA, Taborda; BRIOSA, Paula. Dor e dano osteoarticular. In: Revista portuguesa do dano corporal, ano IV, 5, 73-85, 1995.

ALONSO MUÑOZ, Alberto. Liberdade e Causalidade – ação, responsabilidade e metafísica em Aristóteles. São Paulo: FAPESP, 2002.

ALONSO PÉREZ. Mariano. La relación medico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la “lex artis”). In: MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.). Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio (9-56). Madrid: Dykinson, 2000.

ALVES, José Carlos Moreira. A responsabilidade extracontratual e seu fundamento – culpa e nexo de causalidade. In Direito Contemporâneo – estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ALVES, Rubem. O médico: In: O retorno e terno, 12ª Ed. Campinas: Papirus, 1997.

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências, 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ALVIM, J.R. Carreira. Reflexões sobre a responsabilidade civil médica. A tutela antecipatória na ação de reparação. In: TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo (coord). Direito e Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

AMAR, Ali; MIYAHIRA, Lincoln; RAPOPORT, Abrão, FRANZ, Sérgio Altino. Significado prognóstico da deiscência e infecção da ferida operatória no carcinoma epidermóide das vias aerodigestivas superiores. Revista do Colégio brasileiro de cirurgiões, vol.30 nº 4. Rio de Janeiro July/Aug. 2003.

ANTOLISEI, Francesco. Il rapporto di causalità nel diritto penale. Padova: Cedam, 1934

ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. In: Revista Iberoamericana de derecho procesal. Buenos Aires, 2005.

ASCENSÃO, José Oliveira. A teoria finalista e o ilícito civil. Direito e justiça, v. II. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1981/1986.

BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil médica no Brasil. In: Responsabilidade civil dos médicos. Coimbra: Coimbra, 2005.

BATTAGLINI, Giulio. A interrupção do nexo causal. Tradução portuguesa GOMES, Ricardo Rodrigues. Campinas: LZN, 2003.

BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade do médico: algumas reflexões. In: Nery, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coord). Responsabilidade civil – Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.p. 331.

BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

BENUCCI, Eduardo Bonasi. La responsabilitá. Milano: Dott A. Giuffrè, 1955.

BETTI, Emilio. Teoria Geral das Obrigações. Tradução portuguesa por Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, v. 4. Rio de Janeiro: Rio, 1973.

BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita di una chance e certezza del danno. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, p. 55-101, anno XXX (1976).

BONVICINI, Eugenio. La responsabilità civile. Tomo II, parte especial: Il danno a persona. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1971.

BOTTÉRO, Jean. A magia e a medicina reinam na Babilônia. In: LE GOFF, Jacques (org.) As doenças têm história. Lisboa: Terramar.1985.

BROWN, Harvey. Eight gates for expert witnesses. In: 36 Houston Law Review, 743 (1999).

BRUNO, Aníbal. Direito Penal, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BUERES, Alberto J. Responsabilidad civil de los médicos. Buenos Aires: Ábaco, 1980.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la responsabilidad civil. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1997.

CALABRESI, Guido. Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr. 43 University of Chicago Law Review, 69 (1975-1976).

CALABRESI, Guido. Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr. University of Chicago Law Review, 69 (1975-1976), pp. 71-72

CALDERAI, Valentina. Il problema Del consenso nella bioética. In: Rivista di diritto civile. Padova: Cedam, 2005.

SOUZA, Câmara. Responsabilidade civil e penal do médico. Campinas: Servanda, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. Who watches the watchmen. In: 31 the American Journal of comparative law J. Comp. L. 1 (1983).

CARNELUTTI, Francesco. A prova civil; apêndice de Giacomo P. Augenti; tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005.

\_\_\_\_\_. Il Danno e il reato. Milano: Cedam, 1930.

\_\_\_\_\_. Sistema di diritto processuale civile. Padova: Decam, 1936.

\_\_\_\_\_. Teoría general del derecho. Tradução espanhola POSA, CARLOS G. Madrid: Editorial revista de Derecho Privado, 1941.

CARPENTER, Charles E. The doctrine of res ipsa loquitur. 1 University of Chicago Law Review. 519 (1933-1934)

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. Iatrogenia e erro médico sob enfoque da responsabilidade civil, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil médica – acórdãos na íntegra dos tribunais superiores. Rio de Janeiro: Destaque, 2002.

CASTRO, João Monteiro de. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: Editora Método, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituzioni di diritto processuale civile. v. II. Napoli: Nicola Jovene & C., 1933.

\_\_\_\_\_. Principi di diritto processuale civile. Napoli: Nicola Jovene & C., 1913.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. O problema da causa virtual na responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 1998.

COELHO, José Gabriel Pinto. A responsabilidade civil baseada no conceito de culpa. Coimbra: Coimbra, 1906.

COMPIANI, Maria Fabiana. Responsabilidad por daños colectivos. In: Revista Jurídica de UCES, nº 4, inverno – primavera de 2001, p. 69-82.

CORDEIRO, Antonio Menezes. Da responsabilidade dos administradores das sociedades comerciais. Lisboa: Lex, 1997.

CORSARO, Luigi. Culpa y responsabilidad civil: La evolución del sistema italiano. In: MORENO MARTÍNÉS, Juan Antonio (coord). Perfiles de La responsabilidad civil en el nuevo milênio. Madrid: Dykinson, 2000.

COSTA JR, Paulo José. Nexo Causal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações, 9ª Ed. Coimbra: Almedina, 2001.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. Instituições de direito medico. Rio de Janeiro: Forense: 2005.

CREMASCO, Suzana Santi. A distribuição dinâmica do ônus da prova. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio de. La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños. Valência: Tirant lo Brancho, 2000.

CUFFARO, Vincenzo. Responsabilità civile. Wolters Kluwer Italia, 2007.

DA CRUZ, Gisela Sampaio. O problema do nexo causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DA SILVA, Manuel Gomes. O dever de prestar e o dever de indemnizar, v. I. Lisboa: Cruz, 1944.

DE CUPIS, Adriano. Il Danno – Teoria Generale della responsabilità civile, 3ª Ed, vol. 1. Milano: Dott. A Giuffrè, 1979.

DE PAGE, Henri. Traité élémentaire de droit civil belge, v. 2. Paris : Bruylant-Sirey, 1934.

DEMOGUE, René. Traité des obligations en général, t. VI. Paris: Arthur Rousseau, 1931.

\_\_\_\_\_. Traité des obligations, V. Paris: Arthur Rousseau, 1925.

DIAS, J. FIGUEIREDO. Liberdade e culpa direito penal. Coimbra: Coimbra, 1983.

DIAS, João Álvaro. Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade médica. In: Revista portuguesa do dano corporal, ano II, 3, 28-59. Coimbra, 1993.

\_\_\_\_\_. Culpa médica: algumas ideias força. In: Revista portuguesa do dano corporal, ano IV, 5, 1995.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade profissional do perito médico. In: Revista portuguesa do dano corporal, ano VII, 3, 35-51. Coimbra: 1998.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

DÍAZ, Júlio Alberto. Responsabilidade Coletiva. Belo horizonte: Del Rey, 1998.

DINAMARCO. Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DONDORP, Harry. Crime and punishment. In: SCHRAGE, Eltjo J. H. Negligence. Berlim: Dunker & Humblot, 101, 2001.

EATON, Thomas A. *Res ipsa loquitur* and medical malpractice in Georgia: a reassessment. 17 Georgia Law Review, 33 (1982-1983).

EHRENZWEIG, Albert. Negligence without fault. 54 California Law Review. 1422 (1966).

ELLIS, Lori. Loss of a chance as technique: Toeing the line at fifty percent. Texas Law Review, 1993.

ESPERANÇA PINA. A responsabilidade dos médicos, 3ª ed. Lisboa: Lidel, 2003.

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro. Direito das Obrigações, vol. I. Coimbra: Almedina, 1990.

FARIA, Luis Cláudio Furtado. O nexo de causalidade e sua interpretação pelos tribunais. In: Revista Jurídica, ano 54, Março 2006, nº 341.

FARRELL, Michael J. Medication Malpractice: Clais, Culprits and Defenses. 16 Am. J. Trial Advoc (1992-1993).

FERNANDEZ COSTALES. El contrato de servicios médicos. Madrid: Civitas, 1988.

FISCHER, David A. Causation in fact in omission cases. Utah Law. Review. 1335 (1992).

FLEMING JR, James. Proof of the breach in negligence cases. 37 Virginia Law Review 179 (1951).

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Caso fortuito e teoria da imprevisão. Rio de Janeiro, Imprensa nacional, 1943.

FRANÇA, R. Limongi. Responsabilidade aquiliana e suas raízes. In: Yussef S. Cahali (coord.), Responsabilidade civil, doutrina e jurisprudência, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

FREEDMAN, Warren. Malpractice Liability in the Business professions. Westport: Quorum Books, 1995.

FRISCH, Wolfgan. Tipo penal e imputación objetiva. Madrid: Colex, 1995.

GALANTER, Marc. Reading the landscape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society. In: 31 UCLA Law Review 4 (1983-1984).

GASTAL, Alexandre Fernandes. A suficiência do juízo de verossimilhança para a decisão das questões fáticas. Porto Alegre: UFRS - Tese de doutoramento em Direito, 2006.

GAUVARD, Claude. As doenças dos reis da França. In: LE GOFF, Jacques (org). As doenças têm história . Lisboa: Terramar, 1985.

GIDI, Antônio. “Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. In: Revista de Direito do Consumidor, nº 13, janeiro-março, 1995.

GILBERT CALABUIG, Juan Antonio. Nexo de causalidad en valoración del daño corporal. In: Revista portuguesa do dano corporal, ano VI, 7, 9-35, 1997.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá, 2003.

GOLDEMBERG, Isidoro. La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Buenos Aires: La Ley, 2000.

GOLDSCHMIDT, James. Derecho Procesal Civil, tradução de Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GONÇALVES, Carla. A responsabilidade médica objetiva. In: Responsabilidade civil dos médicos. Coimbra: Coimbra, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil. Teoria da perda de uma chance. In São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 94, v. 840, 2005.

GRADY, Mark F. Res ipsa loquitur and compliance error. 142 Universidade da Pensilvânia Law Review, 887 (1993-1994).

GRUBB, Andrew. The emergence and rise of medical Law and ethics 50 Modern Law Review, 241 (1987).

HALLEBEEK, Jan. Negligence in medieval roman law. In: SCHRAGE, Eltjo J. H. Negligence. Berlim: Dunker & Humblot, 2001.

HART, H. L. A; HONORÉ, A. M. Causation in the law. Oxford: Oxford, 1967.

HAY, Bruce L; SPIER, Kathryn E. Burdens of proof in civil litigation: an economic perspective. In: Journal of legal studies, vol. 26, nº 2, 413, 1997.

HERNANDEZ CUETO, Cláudio. Imputabilidad médica. In: Revista português do dano corporal, ano II, 4, 33-61. Coimbra, 1994.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil: o estado da arte. In: Nery, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coord). Responsabilidade civil – Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Pressuposta. In: EOS - Revista Jurídica da Faculdade de Direito – v. 2, nº 1, ano II.



HOMER, Paul. Indivisible injury negligence and nuisance cases – proving causation among multiple-source polluters: a estate-by-state survey of the Law for New England, and a proposal for a new causation framework. In 3 Pierce L. Rev. 75 (2004-2005), p. 75 – 100.

IUCIF, Nelson Jr; ROCHA, Juan S Yazlle. Study of inequalities in hospital mortality using the Charlson comorbidity index. In: Revista de Saúde Pública, vol.38, nº.6. São Paulo, Dec. 2004.

JACQUART, Danielle. A medicina medieval posta à prova. In: LE GOFF, Jaqcques (org). As doenças têm história . Lisboa: Terramar, 1985.

JAKOBS, Günter. A imputação objetiva no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JESCHECK. Hans – Heinrich. Tratado de derecho penal. Barcelona: Bosch, 1978.

JORGE, Fernando Pessoa. Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 1995.

Jornal da Associação Médica. Página 6, Dezembro 2008/Janeiro de 2009.

JUSTO, Santos A. Lex aquilia. In: Estudos em honra de Ruy de Albuquerque, v. 1. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 13, 2006.

KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. Tradução portuguesa ROHDEN, Valerio; MOOSBURGER, Udo Baldur. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

KEETON, Robert E. Compensation for medical accidents. 121 University of Pennsylvania law review, 590, 1972-1973.

KFOURI NETO, Miguel. Culpa médica e ônus da prova. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.

KING JR, Joseph H. In Search of a standard of care for the medical profession: the accepted practice formula. In: 28 Vanderbilt Law Review, 1213 (1975).

LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones, t. I e II. Tradução espanhola SANTOS BRIZ, Jaime. Madrid: RDP, 1959.

\_\_\_\_\_. Derecho justo fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1990.

\_\_\_\_\_. Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 2005.

\_\_\_\_\_. Metodologia da ciência do direito. Tradução portuguesa LAMEGO, José. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1983.

LEBIGRE, Arlette. Sangrar e purgar. In: LE GOFF, Jacques (org). As doenças têm história . Lisboa: Terramar, 1985.

LEVE, Eliane. Nexo de causalidade e epidemiologia: impossibilidade de extrapolação dos dados epidemiológicos para o estabelecimento do nexo causal no caso concreto. In Revista Trimestral de Direito Civil, ano 7, vol. 25, abril a junho de 2006.

LIMA, Alvino. A responsabilidade civil pelo fato de outrem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. Culpa e risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade civil nas relações de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LLAMAS POMBO, Eugênio. Responsabilidade médica, culpa y carga de la prueba. In MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord). Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milênio. Madrid: Dykinson, 2000.

LOPES. Diamantino Marques. Responsabilidade civil médica – casos práticos. In: Responsabilidade civil dos médicos. Coimbra: Coimbra, 2005.

LÓPEZ MESA, Marcelo J.; TRIGO RERESAS, Félix A.. Responsabilidad civil de los profesionales. Buenos Aires: LexisNexis, 2005.

LOPEZ, Teresa Ancona . Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência do tabaco. São Paulo: USP - tese de livre docência, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. Responsabilidad civil de los médicos, tomos I e II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzon, sem ano.

LUNA YERGA, Álvaro. La prueba de la responsabilidad médico-sanitaria. Madrid: Civitas, 2004.

MAKDISI, John. Proportional liability: a comprehensive rule to apportion tort damages based on probability 67 North Carolina Law Rev. 1063 1988-1989.

MALAMUD GOTI, Kaime E. Legitima defensa y estado de necesidad. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977.

MALONE, W. S. Ruminations on Cause-in-Fact, 9 Stanford Law Review. 60 (1956-1957).

MALONE, Wex S. *Res ipsa loquitur and proof by inference*. 4 Lousiana Law Review. 70 (1941-1942).

MALPRACTICE AND MEDICAL TESTIMONY77 Harv. L. Rev. 341 1963-1964.

MANSFIELD, John H. Hart and honoré, causation in the law – a coment. 17 Vanderbilt Law Review, 487 (1963-1964).

MARTINS-COSTA, Judith. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia. In São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 94, v. 831, 2005.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle, t. 2, 4<sup>a</sup> ed. Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1932.

MCCOID, Allan H., The care required of medical practitioners. 12 Vandernilit Law Review. 566 1958-1959.

MCLAUGHLIN, James Angell. *Proximate cause*. 39 Harvard Law Review, 149 (1925), p. 180-183.

MEADOW, William; SUSTEIN, Cass R. Statistics, Not Experts. In: 51 Duke Law Journal. 629, 2001.

MENDES, João de Castro. Do conceito de prova em processo civil. Lisboa: Edições Ática, 1961.

MENEZES LEITÃO. Luís Manoel. Direito das Obrigações, v. I, 4<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Almedina: 2005.

MICHEAU, Françoise. A idade de ouro da medicina árabe. In: LE GOFF, Jacques (org). As doenças têm história. Lisboa: Terramar, 1985.

MILL, John Stuart. System of logic ratiocinative and inductive. London: Logmans, Green, and Co., 1919.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María; MACÍA MORILLO, Andrea. La responsabilidad médica en el ordenamiento español. In: Responsabilidade civil dos médicos. Coimbra: Coimbra, 2005.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María; MACÍA MORRILLO, Andrea Macía. La responsabilidad médica en el ordenamiento Español. In Responsabilidade civil dos médicos. Coimbra: Coimbra, 2005.

MIRABETE. Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal, v. I. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, v. 22. Rio de Janeiro, Borsoi, 1958.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Responsabilidade Civil Extracontratual por danos resultantes da prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos: o acesso à justiça administrativa. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 21.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, v. 4. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. In Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, Ano 5, vol. 18, abril a junho de 2004.

MORAES, Novah. Erro médico e a justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. In Revista de Direito Renovar, nº 5, Maio/Ago, 1996.

\_\_\_\_\_. Temas de Direito Processual – nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977.

MORRIS, Clarence. Punitive damages in tort cases. 44 Harvard Law Review. 1173 (1930-1931).

MOSSÉ, Claude. As lições de Hipócrates. In: LE GOFF, Jacques (org). As doenças têm história . Lisboa: Terramar, 1985.

MUNHOZ NETTO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. Curitiba: Editora UFPR, 1983.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova. Lisboa: Lex, 2000.

MURR, Leidmar Pereira. A inversão do ônus da prova na caracterização do erro médico pela legislação brasileira. In: Revista do Biotética, vol. 18, nº 1, 2010.

NALINI, José Renato. Reflexões sobre a ética médica In: TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo (coord). Direito e Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 3, p. 44-77. São Paulo: Revista dos Tribunais 1992.

NEVES, Nedy Maria Branco Cerqueira. Códigos de conduta: abordagem histórica da sistematização do pensar ético. Revista Bioética, 16 (1): 109 – 15, 2008.

NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NUNES, Manuel Rosário. O ônus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos. Coimbra: Almedina, 2007.

NUNES, Rui. O sistema de saúde português garante a melhoria significativa de saúde da população. In: Revista Cremesp, Ed. 51 - Abril/Maio/Junho de 2010.

OLIVEIRA, Guilherme de. Temas de direito da medicina. Coimbra, Coimbra, 1999.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde. In: Responsabilidade civil dos médicos. Coimbra: Coimbra, 2005.

ORGAZ, Alfredo. El daño resarcible, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1967.

\_\_\_\_\_. La ilicitude. Córdoba: Lerner, 1974.

PARADISO, Massimo. La responsabilità medica: dal toroto al contratto. In: Rivista di diritto civile, ano XLVII, n. 3, 2001.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Nexo causal, imputação objetiva e tipicidade conglobante. In São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 90, v. 794, 2001.

PENA, Sérgio D. J. Aspectos Bioéticos do projeto genoma humano e da medicina preditiva. In: TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo (coord). Direito e Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PENNEAU, Jean. La reforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. In : Revue internationale de droit comparé, v. 42, 1990, n. 2.

\_\_\_\_\_. Responsabilité médicale. Paris : Sirey, 1977.

PERCIVAL, Thomas. Medical Ethics. Manchester: Russel, 1803.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica. In: Responsabilidade civil dos médicos. Coimbra: Coimbra, 2005.

PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. In: MARCATO, Antonio Carlos (coord). Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

PETERS, Douglas J.; KROLL, Donald A. *Anesthesiology and the law. Health administration press* (1983).

PHELPS, Charles R. Health economics. Boston: Person Education, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. O Consentimento do ofendido, 3ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001.

PIROVANO, Antoine. Faute et civile et faute penale. Paris: Libraire générale de droit et jurisprudence, 1966.

PLANIOL, Marcel. Traité élémentaire de Droit civil, v. II. Paris : LGDJ, 1947.

PORTO, Celmo Celeno. Semiologia médica, 4ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

POSNER. *A theory of negligence*. 1 The Journal of Legal Studies. 29 (1972).

POTER, Roy. Das tripas coração , uma breve história da medicina. Rio de Janeiro: Record, 2004.

POTHIER, Robert Joseph. Tratado das obrigações. Tradução portuguesa BATISTA, Adrian Sotero Witt; DIAS FERREIRA, Douglas. Campinas: Servanda: 2002.

RATEIRO, Rasteiro. Medicina Portuguesa no Japão. 1542-1640. In: <https://www.ordemosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=e2ef524fbf3d9fe611d5a8e90fefdc9c&id=9597353e41e6957b5e7aa79214fcb256>. Acesso em 12 de Janeiro de 2012.

REBOUÇAS, André Bonelli. Questões sobre o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

REIS, Clayton. Os danos morais decorrentes da atividade do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). Direito e Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROBINSON, Glen O. Probabilistic causation and compensation for tortuous risk. In: 14 Journal of Legal Studies, 779 (1985).

ROCHA, Cleonice Rodrigues Cesarin. A responsabilidade civil decorrente do contrato de serviços médicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, Responsabilidade civil. V. 4. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira. A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSEMBERG, David. The causal connection in mass exposure cases: a "public law" vision of the tort system. 97 Harvard Law Review, 849 (1983-1984).

ROSEMBERG, Leo. La carga de la prueba . Tradução espanhola KROTOSCHIN, Ernesto. Buenos Aires : Europa – America, 1956.

ROSENVALD, Nelson. Contratos Coativos e Necessários. In: Carta Forense. São Paulo, Abril-2011.

ROXIN. Claus. Problemas fundamentais de direito penal. Lisboa: Vega, 1998.

RUBSAMEN, David. *Res ipsa loquitur* in Califórnia Medical Malpractice Law – Expansion of a Doctrine to the Bursting Point. In: 14 Stanford Law Review, 251 (1961-1962).

RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SÁ, Eduardo Alves de (Org). Código das Leis de Hammurabi. Lisboa: Tip de Cristóvão Rodrigues, 1903.

SALVAGIO, Dennis L. Torts – Alternative Causation in Medical Malpractice Cases. In 8 Wake Forest L. Rev. 473 (1971-1972), p. 479 – 473

SANTOS BRIZ, Jaime. Responsabilidad Civil. Madrid: Montecorvo, 1981.

\_\_\_\_\_. Unidad de concepto de la culpa civil. In: MORENO MARTÍNEZ, Juran Antonio (coord). *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (589-504). Madrid: Dickinson, 2000.

SANTOS. Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*, 3ª ed. São Paulo: Método, 2001.

SAUNIER, Annie. A vida cotidiana nos hospitais da idade média. In: LE GOFF, Jacques (org). *As doenças têm história*. Lisboa: Terramar, 1985.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006

SCHIATTONE, Pierpaolo; PLENTEDA, Raffaele. Colpa e diligenza. In: VIOLA, Luigi (org). *I Danni da inadempimento professionisti e consumatori*. Halley, 2008, pp. 175-176.

SCHWARTZ, Gary T. Contributory and comparative negligence: a reappraisal. *Yale Law Journal*, v. 87, nº 4, Maio de 1978.

SHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade Civil do Médico e Erro de Diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2003.

SILVA, José Manoel da. Editorial. In: *Revista da Ordem dos médicos*. Ano 27, nº 125, Dezembro, 2011.

SILVA, Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

SOOHOO, Nelson F; LIEBERMAN, Jay R.; KO, Clifford Y; ZIGMOND, David S. Factors Predicting Complication Rates Following Total Knee Replacement. In: *The Journal of Bone & Joint Surgery*. 2006; 88:480-485, doi:10.2106/JBJS.E.00629.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o ônus da prova nas acções de responsabilidade civil médica. In: *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa: AAFDL, 1996.

\_\_\_\_\_. *O concurso de títulos de aquisição da prestação*. Coimbra: Almedia, 1988.

SPEISER. Stuart M. *Res ipsa Loquitur – The negligence case – Cumulative Supplement*. Publisher's Editorial Staff, 2009.

\_\_\_\_\_. *Res ipsa Loquitur – The negligence case*. San Francisco: The Lawyers Co-operative Publishing Co, t. I e II, 1972.

STEIN, Friederich. *El conocimiento privado del juiz*; tradução de Andrés de la Oliva Santos. Bogotá: Temis, 1988.

TADEU, Silney Alves. Responsabilidade civil: nexos causal, causas de exoneração, culpa da vítima, força maior e concorrência de culpas. In: Revista de Direito do Consumidor, ano 16, nº 64. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.

TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle massime d'esperienza. In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano: Dott-Giuffrè, anno LXIII, nº2, junho, 2009.

\_\_\_\_\_. La prova scientifica nel processo civile. In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano: Dott-Giuffrè, anno LIX, nº4, Dezembro, 2005.

\_\_\_\_\_. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. In: Revista Forense, Maio-Junho, 2001.

\_\_\_\_\_. Verità e probabilità nella prova dei fatti. In: Revista de processo. São Paulo: RT, ano 32, nº 154, dez/2007.

TAVARES, Juarez. Teoria do crime culposos, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). Direito e Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Obrigações, 7ª ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

THEODORO JR, Humberto. Responsabilidade civil por erro médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). Direito e Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOMMAS, Bufarah. Sonia Maria. Arte-terapia e loucura: uma viagem simbólica com pacientes psiquiátricos. São Paulo: Vetor, 2005.

TRIMARCHI, Pietro. Causalità e danno. Milano. Dott. A. Giuffrè, 1967.

TRUJILLO, R Durán. Nociones de responsabilidad civil. Bogotá: Temis, 1957.

TWERSKI, Aaron D. Negligence per se and res ipsa loquitur: kissing cousins. 44 Wake Forest L. Rev. 997 2009.

URRUTIA, Amílcar R.; URRUTIA, Déborah M; URRUTIA, César A.; URRUTIA, Gustavo A. Responsabilidad médico-legal de los obstetras. Buenos Aires: La Rocca, 1995.

VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral, v. I. Coimbra, Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. Das obrigações em geral, v. II. Coimbra, Almedina, 1999.

WAGNER, Ulrich. Successive causes and the quantum of damages in personal injury cases. In: 10 Osgoode Hall L. J. 369 (1972), p 269-397

WELZEL, Hans. La teoría de la acción finalista. Buenos Aires: Deplama, 1951.



WRIGHT, Richard W. Causation in tort law. 73 California. Law Review. 1735 (1985).

WRIGHT, Richard W. Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the bramble bush. 73 Iowa Law Review. 1001 (1987-1988).

YÁGUEZ, Ricardo Angel. Algunas previsiones sobre el futuro de La responsabilidad civil. Madrid: Civitas, 1995.

ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das Regras sobre o ônus da prova. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. Una commedia degli errori? La Responsabilità medica fra illecito e inadempimento. In Revista di Diritto Civile, ano LIV, n. 3. Padova: Cedan, 2008.

## ÍNDICE REMISSIVO

### A

All or nothing – 369

Amputação – 178, 203, 210, 258, 331

Anestesista – 107, 194, 200, 218, 253, 256, 281, 282.

Aparelho 77, 117, 162, 171, 174, 187, 215, 248, 321

### B

Bula - 230

### C

Câncer – 59, 60, 122, 172, 197, 205, 208, 239, 262, 370, 372, 375

Causa próxima – 147, 161

Causa virtual – 118, 161, 171, 191-206, 396.

Causalidade alternativa – 258-272.

Causalidade alternativa – 7, 358-272.

Causalidade hipotética – 118, 161, 171, 191-206, 396.

Causalidade suposta – 266

Causas concorrentes – 161

Cesária – 228

Circunstâncias agravantes – 161

Cirurgia – 10, 11, 16, 28, 35, 36, 48, 52, 49, 84, 96, 108-113, 117, 131, 159, 161, 172, 175, 183, 185, 197, 207, 215, 232, 234, 235, 239, 253, 254, 313, 314, 316, 321-325, 342, 369, 370, 379, 383, 395.

Colisão de interesses 207

Comorbidade – 381, 382

Concausas – 35, 81, 154, 159-164, 181, 182, 278, 280-282, 284, 401

Concausas cumulativas – 81, 159.

Conditio sine qua non – 139

Consentimento informado – 6, 7, 19, 108, 203-205, 223-245, 252, 280, 294-296.

Consumidor – 82, 102-104, 110, 114, 214, 222, 241, 252, 300, 303-309, 345.

Corporativismo – 8, 286, 390

Culpa

Culpa desconhecida – 265

Culpabilidade – 7, 9, 38, 45, 50, 55, 56, 58, 62, 71, 76, 81, 83, 100, 142, 154, 187, 208, 211, 213, 218, 249, 260, 326, 385, 397, 402

**D**

Dano direto e imediato 151, 218,

Danos secundários 183

Diagnóstico – 13, 14, 19, 34, 62, 105, 117, 120, 125, 134, 159, 173, 185, 221, 237, 258, 284, 292, 314, 342, 357, 366, 372, 400.

Diferenciação quantitativa – 212

*Differenztheorie* – 195, 196, 199, 200, 204

Distribuição dinâmica – 290

Distribuição dinâmica do ônus da prova – 290.

**E**

Egg Shell - 218

Emergência – 65, 92, 134, 217, 392

Encaminhamento – 65, 69, 70, 74, 106, 199, 340, 372, 391

Equipe – 59, 122, 133, 248-277, 287. 393

Escopo da norma – 166, 332, 378,

Especialidade – 25, 26, 28, 65, 72, 161, 253

Estado de necessidade – 40, 55-58, 172, 207, 208, 210, 229

**F**

Fato da coisa – 116

Formação – 24

Fortuito – 58, 69, 107, 110, 162, 181, 195, 200, 211

**G**

Genética – 22, 35, 176, 239, 356, 381

Ginecologia – 28, 229, 313

**H**

História – 10

Hospital – 21, 65, 91, 92, 104, 113-116, 121-124, 171 – 174, 210, 217, 220, 237, 246, 250, 251, 263, 283, 285, 292, 296, 313, 323, 225, 331, 357, 375, 376, 382, 383, 392.

**I**

Iatrogenia – 33, 130, 210,

Idade antiga-10

Idade media – 14

Idade moderna e contemporânea – 17

Ilação – 153, 279, 339, 344, 349, 360, 388, 399 (vide também presunção e inferência)

Illicitude – 40, 45-60, 68, 172, 179, 201, 213, 218, 233, 238, 245, 272, 378, 392, 396

Imputação objetiva – 166, 183, 188, 190

Índice Charlson - 381

Infecção hospitalar – 115, 171, 217, 331, 357, 383,

Inferência – 8, 9, 153, 279, 281, 311, 317-326, 330, 335, 339 366, 374, 388, 396, 399 (vide também presunção e ilação)

Intercorrência – 214, 217, 220, 394

Intercorrência – 214, 217, 394

Interrupção do nexo causal – 120, 151, 157, 192, 205,

Invalidez – 34, 121, 183

Inversão do ônus da prova – 32, 95, 110, 289, 297-310, 327, 328, 331, 347, 377, 398.

## L

Litigiosidade – 27

## M

Máximas da experiência – 315, 328, 341-351, 398.

Medicina Defensiva – 6, 203, 297, 390, 396, 397

Medicamentos – 10, 15, 18, 21, 36, 64, 100, 101, 114, 141, 142, 160, 201, 207, 221, 229, 257, 258, 276, 291

## N

Negligence per se – 332

NESS – 154

Nexo de causalidade – 8, 39, 100, 144, 150, 158, 164, 166, 170, 174, 185, 188, 190, 196, 200, 214, 216, 217, 221, 233, 238, 263, 281, 284, 320, 331, 335, 338, 344, 356, 364, 374, 379, 385, 393

## O

Obstetra – 247, 254, 302.

Omissão – 7, 33, 39, 41, 48, 49, 55, 61, 69, 85, 87, 95, 96, 127, 132-134, 143, 146, 169, 170, 174, 179, 202, 207, 208, 211, 213, 233, 235, 238, 240, 253, 281, 324, 330, 331, 364, 392.

Ônus da prova – 272-334.

Órgão de classe – 21

Ortopedista – 48, 161, 194, 233, 358, 359

## P

Pacto – 241

Papel social – 32, 147, 186, 187, 189, 247, 257, 392, 395

Parâmetro de diligência – 61, 65, 69, 74, 106

Penal – 40, 53, 60, 76, 77, 140, 146, 151-156, 163, 166, 169, 172, 188, 190, 207, 208, 240, 242, 248, 267, 288, 292, 403

Perda de uma chance – 117, 118 – 125, 134, 170, 234, 366, 371, 374, 377, 400

Perícia – 8, 16, 37, 278, 283, 322, 383

Plástica – 28, 36, 108, 175, 395

Prepostos – 76, 114, 246-258, 316, 392.

Presunção – 29, 32, 71, 96, 110, 117, 121, 133, 158, 223, 235, 243, 258, 266, 270, 282, 289, 293, 301, 312, 319, 321, 332, 337, 340, 340, 355, 360, 377, 385, 389, 393, 398 (vide também ilação e inferência).

Previsibilidade 46-51, 66, 70, 73, 88, 107, 115, 142-149, 175, 183, 188, 189, 191, 204, 216, 262, 391, 394

Probabilidade – 49, 62, 121, 125, 130, 132, 134, 143-148, 150, 168, 173, 174, 179, 182, 190, 201, 204-210, 216, 239, 262, 265, 270, 278, 314, 317, 321, 326, 330-335, 341, 349, 350-353, 360-389, 394, 396, 397, 399, 400, 401.

Prontuário – 285, 296, 300, 357

Proteção da norma 180

Prótese – 36, 107, 117, 118, 197, 382

Prova prima facie – , 312, 328,

Prova prima facie – 328.

Punitive damages – 49, 80, 81, 163, 195, 376

## R

Res ipsa loquitur – 261, 270, 310, 346, 385, 393, 398,

Responsabilidade aquiliana – 41, 50, 85-88, 154, 246, 395

Responsabilidade contratual – 57, 72, 85-98, 298,

Responsabilidade objetiva – 24, 40, 57, 75, 77, 86, 97-102, 104-118, 175, 183, 222, 249, 264-268, 302, 305, 392-395.

Responsabilidade solidária – 77, 246, 254-256, 260, 264-271

Risco permitido – 31, 169-178, 204, 248, 359, 395

## S

School of practice

## T

Teoria causalista – 128

Teoria da adequação – 188, 2116

Teoria da causa eficiente – 138

Teoria da causalidade adequada – 142, 188, 189, 191, 216

Teoria da causalidade necessária – 138

Teoria da equivalência dos antecedentes – 139, 186, 192, 195, 218

Teoria da lição adquirida – 50

Teoria da previsibilidade – 47

Teoria da reprovabilidade da conduta – 44

Teoria diferenciadora – 207

Teoria do desestímulo – 80

Teoria do desvalor do fato – 53

Teoria do desvalor do resultado – 53

Teoria do risco – 101, 175, 200, 204

Teoria do risco criado – 43

Teoria do risco da atividade – 77, 113-116, 171, 262, 302

Teoria do vício da inteligência – 47

Teoria finalista – 53, 166

Teoria simplista – 15

Teoria unitária – 208

Teorias naturalística – 132

Thin skull – 219

## **U**

Urgência – 48, 74, 131, 207, 210, 224, 242, 356, 391

## **V**

Verificação concreta da norma violada – 149, 383

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>06</b>
------------------------	-----------

### CAPÍTULO 1

#### DESENVOLVIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

1.1	Progressão histórica.....	10
1.1.1	Idade antiga.....	10
1.1.2	Idade média.....	14
1.1.3	Idade moderna e contemporânea.....	17
1.2	Surgimento dos órgãos de classes e códigos deontológicos.....	21
1.3	Embaraços à formação profissional.....	24
1.4	O aumento vertiginoso da litigiosidade na relação médico-paciente.....	27
1.5	Constante tensão dialética entre a arte de curar e a arte de se defender	29
1.6	Contextualização do erro médico.....	32
1.7	Aspectos dificultosos da responsabilidade civil médica.....	34

### CAPÍTULO 2

#### CONTORNOS E PRESSUPOSTOS DA CONDUTA CULPOSA

2.1	Definição dos limites da conduta culposa como reflexo do interesse social.....	38
2.2	Desenvolvimento do parâmetro da culpa.....	40
2.3	Reprovabilidade da conduta.....	44
2.4	Previsibilidade do resultado danoso como pressuposto da culpa.....	47
2.5	Previsibilidade do resultado e culpa consciente.....	51
2.6	Culpa e construção do conceito de ato ilícito.....	52
2.7	Ato ilícito como consequência necessária da conduta culposa.....	57

2.8	Parâmetro de diligência exigida.....	61
2.9	Contrariedade ao dever de conduta.....	66
2.10	Culpa objetiva e subjetiva.....	70
2.11	Culpa como ação psíquica do agente.....	72
2.12	Culpa penal e culpa civil.....	76
2.13	Mensuração da culpa como parâmetro indenizatório.....	78

### **CAPÍTULO 3**

#### **ALINHAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**

3.1	Escopo da imputação do dever de reparar.....	83
3.2	Responsabilidade contratual e aquiliana.....	85
3.3	Tipificação da responsabilidade civil médica.....	90
3.4	Fundamentos e oportunidade da responsabilidade objetiva.....	97
3.5	Responsabilidade objetiva na atividade médica.....	102
3.6	Responsabilidade nas intervenções não curativas.....	108
3.7	Responsabilidade no âmbito das atividades hospitalares.....	113
3.8	Responsabilidade pelo fato da coisa.....	116
3.9	Responsabilidade pela perda de uma chance de cura.....	118

### **CAPÍTULO 4**

#### **CONDUTA MÉDICA E ESTABELECIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE**

4.1	O papel transformador da conduta.....	126
4.2	Conduta humana como atividade finalista.....	127
4.3	Conduta comissiva.....	129
4.4	Conduta omissiva.....	131
4.5	Nexo de causalidade.....	135
4.6	Teorias de verificação do nexo de causalidade.....	137
4.6.1	Teoria da causalidade necessária.....	138



4.6.2	Teoria das causas eficientes.....	138
4.6.3	Teoria da equivalência dos antecedentes ou <i>conditio sine qua non</i> .....	139
4.6.4	Teoria da causalidade adequada.....	142
4.6.5	Teoria da causa próxima.....	147
4.6.6	Teoria da verificação concreta do fundamento da norma violada.....	149
4.6.7	Teoria do dano direto e imediato ou da interrupção de nexos causal.....	151
4.6.8	O test “NESS” .....	154
4.7	Rompimento do nexos causal.....	157
4.8	Concausalidade.....	157
4.8.1	Conceito.....	157
4.8.2	Concausas cumulativas.....	159
4.8.3	Causas concorrentes.....	161
4.8.4	Circunstâncias agravantes.....	162
4.8.5	Concorrência de erro médico com as decorrências da doença ou acidente...163	

## CAPÍTULO 5

### JÚIZO DE IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

5.1	Processo de Imputação por um juízo normativo.....	165
5.2	Ponderação de riscos na atividade médica.....	169
5.2.1	Diminuição do risco como escopo da intervenção médica.....	169
5.2.2	Incremento do risco como requisito da imputação.....	173
5.2.3	Risco permitido.....	176
5.2.4	Incremento do risco justificado.....	178
5.3	Esfera de proteção da norma.....	180
5.4	Deveres derivados e danos secundários.....	183
5.5	Fator temporal como elemento do juízo de imputação.....	185
5.6	O dever de agir dentro do papel social que ocupa.....	186
5.7	Apreciação crítica dos juízos de imputação objetiva.....	187
5.8	Causalidade hipotética/virtual.....	191

5.8.1	Contextualização.....	191
5.8.2	Teoria da diferença de valores (Differenztheorie).....	195
5.8.3	Relevância da causa hipotética.....	199
5.9	Causalidade hipotética e incremento do risco.....	202

## **CAPÍTULO 6**

### **DIRIMENTES DA RESPONSABILIDADE**

6.1	Colisão de bens e interesses.....	207
6.2	Estado de necessidade.....	210
6.3	Caso fortuito ou força maior.....	211
6.3.1	Conceito, enquadramento e conseqüências sobre o rompimento do nexo causal.....	211
6.3.2	Previsibilidade como parâmetro adequado da caracterização do fortuito.....	216
6.4	Condições particulares do paciente e intercorrências.....	217
6.5	Participação culposa da vítima no evento danoso.....	220
6.6	Consentimento informado.....	223
6.6.1	Dever de informar e colher o consentimento.....	223
6.6.2	Dever de informar do paciente.....	226
6.6.3	Adequação do dever de informar como requisito de validade do consentimento.....	227
6.6.4	Nexo de causalidade entre a omissão do dever de informar e o dano Experimentado.....	233
6.6.5	Infração do dever de informar como lesão autônoma ao resultado.....	237
6.6.6	Causas excludentes da responsabilidade pela omissão no dever de informar	238
6.6.7	Pactos excludentes da responsabilidade.....	241

## **CAPÍTULO 7**

## RESPONSABILIDADE POR ATOS DE TERCEIROS

7.1	Responsabilidade pelos prepostos.....	246
7.2.	Responsabilidade por ato do anestesista.....	253
7.3.	Excludente da responsabilidade por atos de terceiros.....	257
7.4.	Causalidade alternativa ou disjuntiva nos trabalhos da equipe médica.....	258
4.4.1	Contextualização do problema.....	258
7.4.2	Individualização e delimitação dos membros do grupo.....	261
7.4.3	Mensuração da culpa.....	263
7.4.4	Soluções conferidas.....	265

## CAPÍTULO 8

### O ESTABELECIMENTO DE PRESUNÇÕES PARA UMA DISTRIBUIÇÃO EQUÂNIME DO ÔNUS DA PROVA

8.1	Ônus da prova.....	272
8.2	Amparo da prova pericial na investigação do erro médico.....	277
8.2.1	Pressupostos de adequação da prova pericial.....	277
8.2.2	Falibilidade da prova pericial.....	284
8.2.3	Dificuldades inerentes à prova pericial.....	286
8.2.4	Necessidade de estruturação de um novo caminho.....	288
8.3	Distribuição dinâmica do ônus da prova.....	290
8.3.1	Propósito, dimensão e alcance.....	290
8.3.2	Apreciação crítica.....	294
8.4	Inversão do ônus da prova.....	297
8.4.1	Objetivo.....	297
8.4.2	Inversão do ônus da prova no Direito Italiano.....	298
8.4.3	Inversão do ônus da prova no direito português.....	299
8.4.4	Inversão do ônus da prova no direito brasileiro.....	303

8.4.4.1 Contexto e aplicabilidade.....	303
8.4.4.2 Natureza jurídica da inversão do ônus da prova.....	306
8.4.5 Apreciação crítica da inversão do ônus da prova.....	310
8.5 <i>Res ipsa loquitur</i> .....	310
8.5.1 Conceito e aplicabilidade.....	310
8.5.2 Requisitos.....	312
8.5.3 Controle das provas e adimplemento do ônus.....	317
8.5.4 Distribuição do ônus da prova.....	319
8.5.5 Aplicação jurisprudencial.....	321
8.5.6 Incremento dos fatores de precaução e aplicação da teoria.....	325
8.5.7 Apreciação crítica.....	327
8.6 Prova prima facie – Anscheinsbeweis.....	328

## CAPÍTULO 9

### INFERÊNCIA PROBABILÍSTICA – MAIOR APROXIMAÇÃO DA VERDADE PARA A ADEQUADA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

9.1 Formação das presunções.....	334
9.2 Regras ordinárias da experiência.....	341
9.2.1 Conceito e aplicação.....	341
9.2.2 Base legal e estrutura sistêmica.....	344
9.2.3 Máximas da experiência e fixação do ônus da prova.....	347
9.2.4 Máximas da experiência em apreciação probabilística.....	349
9.2.5 Máximas da experiência como um processo epistemológico.....	351
9.3 Métodos de indução e presunção de Stuart Mill.....	355
9.4 Estabelecimento de presunções pelos juízos de probabilidade.....	360
9.5 Análise probabilística na definição do nexo de causalidade em um juízo de adequação da conduta .....	364
9.6 A perda da chance de cura probabilisticamente considerada.....	365

9.7	Incremento do risco sem advento do evento danoso.....	371
9.8	Inferência probabilística do nexo causal.....	374
9.9	Responsabilidade probabilística e incremento do risco.....	380
9.10	Oportunidade e utilidade do uso da imputação probabilística de responsabilidade.....	384
<b>CONCLUSÃO.....</b>		<b>390</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>		<b>403</b>
<b>ÍNDICE REMISSIVO.....</b>		<b>417</b>